

Subsidier innenfor utdanningssektoren

Rettslige forpliktelser etter GATS

Kandidatnummer: 135

Veileder: Henning Jakhell

Leveringsfrist: 15. august 2006

Til sammen 34 556 ord

30.03.2007

Innholdsfortegnelse

<u>SUBSIDIER INNENFOR UTDANNINGSSEKTOREN</u>	<u>I</u>
---	-----------------

<u>RETTSLIGE FORPLIKTELSER ETTER GATS</u>	<u>I</u>
--	-----------------

<u>KANDIDATNUMMER: 135</u>	<u>I</u>
---	-----------------

<u>TIL SAMMEN 34 556 ORD</u>	<u>I</u>
---	-----------------

<u>INNHOLDSFORTEGNELSE</u>	<u>I</u>
---	-----------------

<u>1 INNLEDNING.....</u>	<u>1</u>
------------------------------------	-----------------

1.1 Tema	1
-------------------	---

1.2 Fordeler og ulemper ved økt internasjonal handel av utdanning.	2
--	---

1.3 Problemstilling, avgrensninger og oppbygning av avhandlingen.	3
---	---

1.4 Rettskilder og metode.....	5
-----------------------------------	---

1.4.1 Norske lover	7
-----------------------------	---

1.5 Begreper	8
-----------------------	---

1.6 Aktualitet.....	8
------------------------	---

<u>2 WTO.....</u>	<u>9</u>
-----------------------------	-----------------

2.1 Innledning	9
-------------------------	---

2.2 Historie	10
-----------------------	----

2.3 Oppbygning.....	10
------------------------	----

2.4 GATS	12
-------------------	----

2.4.1	Innledning	12
2.4.2	Formål.....	13
2.4.3	Oppbygning	13
2.4.4	Virkeområde	15
2.4.5	Prinsipper.....	18
2.4.6	Tvisteløsning og håndheving	20
2.4.7	Bindingslister.....	23
2.4.8	Forhandlinger.....	24
3	<u>GATS BETYDNING FOR UTDANNINGSSEKTOREN</u>	<u>25</u>
3.1	GATS rekkevidde innefor utdanningssektoren	25
3.1.1	Nøkkelproblemer innenfor utdanningssektoren.....	26
3.1.2	Utdanning som et offentlig gode	27
3.1.3	Hvordan kan man ekskludere utdanningssektoren fra forpliktelse?	27
3.2	GATS og utdanningssektoren fremover	28
3.2.1	Hva hindrer videre liberalisering av utdanningssektoren?.....	28
3.2.2	Nye typer utdanning som blir tilbudt	30
3.2.3	Den videre utviklingen av utdanningssektoren	31
4	<u>GATS ARTIKKEL 1:3.....</u>	<u>32</u>
4.1	Statsmyndighet.....	34
4.2	Kommersiell basis og konkurranse.....	35
4.2.1	Kommersiell basis	36
4.2.2	I konkurranse med én eller flere tilbydere.	37
4.3	Konklusjon	39
5	<u>SUBSIDIER</u>	<u>40</u>
5.1	Generelt	40
5.2	WTO – regelverket.	41

5.2.1	Rettslig rammeverk.....	42
5.2.2	Institusjonelle rammeverket.....	44
5.2.3	Definisjonen av subsidier etter GATS.	45
5.3	MFN -prinsippet	48
5.4	Nasjonal behandling og markedsadgang.....	49
5.4.1	Nasjonal behandling og markedsadgang	49
5.4.2	Nasjonal behandling.	50
5.4.3	Markedsadgang.....	51
5.4.4	Forholdet mellom markedsadgang og nasjonal behandling.....	52
5.5	Offentlige anskaffelser	53
5.6	Innenlandske reguleringer.....	53
6	<u>NASJONAL BEHANDLING.....</u>	<u>55</u>
6.1	Rekkevidden av regelen om nasjonal behandling.....	56
6.2	Tolkning av uttrykket ”tilsvarende tjenester og tjenestetilbydere” i GATS.....	57
6.2.1	Vanlig forståelse av teksten.	58
6.2.2	Karakteristikken av tjenesten og tjenestetilbyderen.....	58
6.2.3	Gjelder prisnippet om nasjonal behandling på tvers av ytelsesmåtene, kan tjenester og tjenesteytere være like på tvers av ytelsesmåtene?	64
6.2.4	Tilsvarende tjenester og tjenestetilbydere innefor utdanningssektoren.	66
6.3	Betydningen av ikke mindre gunstig behandling.	72
6.4	Norske regler.....	74
6.4.1	Hvilke regler finnes i det norske lovverket?	74
6.4.1.1	Grunnskoler.....	74
6.4.1.2	Videregående skoler.....	76
6.4.1.3	Universiteter og høyskoler.	78
6.4.2	Er disse subsidier etter GATS?	79
6.4.3	De norske bindingslistene.	81

6.5	Faller det offentlige tilbudet av utdanning inn under nasjonal behandling, eller er det bare overføring av støtte fra staten til andre subjekter som omfattes av bestemmelsen?	86
6.6	Forholdet mellom nasjonal behandling og subsidier.....	87
6.6.1	Er subsidier unntatt prinsippet om nasjonal behandling så lenge ikke retningslinjene for subsidier etter GATS er ferdigforhandlet?	88
6.6.2	Er utdanning unntatt forhandlingene av subsidier etter GATS art. XV?	89
6.7	Den videre utviklingen av retningslinjer for subsidier.....	89
6.8	Konklusjon	90
<u>7</u>	<u>OFFENTLIGE ANSKAFFELSER</u>	<u>92</u>
7.1	Generelt om offentlige anskaffelser.	92
7.1.1	Anskaffelse	94
7.1.2	Offentlige formål	98
7.2	Konklusjon	98
<u>8</u>	<u>AVSLUTTENDE BEMERKNINGER.....</u>	<u>100</u>
<u>9</u>	<u>KILDER.....</u>	<u>101</u>
9.1	Litteraturliste	101
9.2	Dokumenter.....	103
9.2.1	Norske Lover	103
9.2.2	Norske forskrifter	103
9.2.3	Norske forarbeider	103
9.2.4	WTO	104
9.2.5	GATT 47	104
9.2.6	Traktater	105
9.2.7	Andre	105
9.2.7.1	Web – sider	105
9.3	Rettspraksis.....	105

9.3.1	WTO – saker.....	105
-------	------------------	-----

1 Innledning

1.1 Tema

Utdanning er en viktig faktor i samfunnet. Det har innvirkning på mange områder, ikke bare på handelen. For at samfunnet skal fungere trenger vi utdannede mennesker til å administrere de forskjellige oppgavene og drive videre forskning. I Norge har den offentlige skolen vært bærebjelken i utdanningssystemet. Den første forordningen ble gitt i 1739 om skolene på landet og i 1889 ble den 7-årige offentlige skolen innført ved lov.¹ I motsetning til mange andre land har private skoler utgjort en liten andel av skoletilbudet. Med utviklingen i internasjonal handel og foreldrenes bestemmelsesrett ved valg av skole har andelen private skoler økt den siste tiden. Det er vanligere med private institusjoner ved utdanning på høyere nivå. Det er færre private videregående skoler, men de er allikevel flere enn de private grunnskolene.

De siste årene har det vært en debatt rundt GATS og utdanning. Debatten har dreid seg om virkningen av GATS-avtalen innen utdanningssektoren. GATS -avtalen er ganske ny og debatten har kommet opp fordi forskjellige rettsspørsmål ikke er avgjort av the Dispute Settlement Body. Også fordi GATS -avtalen er så komplisert og kan få betydning på forskjellige nivåer.

Det har helt siden GATS -avtalen ble forhandlet frem vært debatt rundt rekkevidden og konsekvensene av avtalen. Et av de temaene som har vært mest debattert og som har skapt mest uenighet er om offentlige goder faller inn under GATS. De som er mest skeptiske til GATS -avtalen er bekymret for statenes mulighet til fortsatt å kunne tilby sosialt viktige tjenester som helsetjenester og utdanning.

GATS er bygget på GATT – avtalen som gjelder for varer. Problemet er at tjenester er mer komplisert å regulere i forhold til handelen med varer. Varer er ting som krysser grensen.

¹ Se Ot.prp. nr. 43 2005-2006

Derfor kan sammenlikninger med GATT gi oss noen svar, men mange spørsmål som reiser seg er ikke de samme som kommer opp i rettslige spørsmål om GATT. Tjenestehandelen trenger derfor klargjøring gjennom egen praksis og forskning.

Utdanningen har tidligere blitt, og blir fortsatt stort sett tilbudt gratis fra staten i grunnskolen og videregående skole. Her er det også ofte en plikt å møte på skolen. Fra midten av 70-tallet har det vært en rask utvikling i antallet private tilbydere, men grensen mellom privat og offentlige tilbydere er vanskelig å trekke. Mange av de private tilbyderne er sterkt subsidiert av staten og er like eller nesten like med offentlige skoler, mens det er noen som er basert etter markedetsbehovet.

Jeg har valgt å se på konsekvensene av WTO – avtalen for subsidieringen av det private tilbudet innenfor utdanningssektoren. Jeg mener det er et aktuelt tema fordi internasjonaliseringen gir en økende utvikling. Mulighetene er større på det internasjonale planet, fordi utvikling er stor innenfor kommunikasjon og det samme gjelder tilgangen på utdanning utover det nasjonale markedet. Dette gjør at de rettslige konsekvensene er lite forsket på, og inneholder mange problemstillinger som krever klargjøring.

1.2 Fordeler og ulemper ved økt internasjonal handel av utdanning.

Utdanning er viktig for å skape økonomisk vekst, det øker den personlige og sosiale utviklingen i et land og er også med på å dempe ulikhetene i et land ved å gi alle muligheten til utdanning. Kunnskapsspredning er avgjørende for økonomisk vekst.² Handel med utdanning er også viktig for utnyttelsen av komplementære kompetanser og i bistandssammenheng. Det er liten vits å investere i infrastruktur og kapital hvis ikke humankapitalen oppdateres.

Derfor er ikke utdanning bare en handelsvare som har betydning i seg selv, men også en faktor som får betydning ut over sitt begrensede område i samfunnet. Medlemslandene bruker en stor del av BNP på utdanning.³

² David T. Coe og Elhanan Helpman: International R&D spillovers, European Economic Review, Volume 39, Issue 5 (1995) s. 859-1073.

³ Se Guide to GATS, s. 231

Det finnes selvfølgelig også grunner til at man ikke vil ha internasjonal handel med utdanning. For det første kan man få det en kaller crowding -out effekter. Det vil si at utenlandske aktører utkonkurrerer innenlandske aktører slik at landet blir veldig sårbart kompetansemessig hvis de utenlandske aktørene trekker seg ut. Et annet problem kan være at utenlandske tilbydere bare tilbyr utdanning på de områdene hvor betalingsviljen er størst, mens staten må ta seg av de andre dyre og mindre lønnsomme utdanningstjenestene. Ved mode 2 forbruk i utlandet kan det oppstå brain drain, nemlig at studenter fra fattige land reiser ut for å ta utdanning og aldri kommer tilbake. Økt privatisering og konkurranse med utdanning kan også føre til at det blir større forskjeller i samfunnet fordi det kun er de som har mulighet til å betale for tjenestene som får tilgang til de.

Det er også en vanskelighet at det mellom medlemslandene er mange forskjellige utdanningssystemer og at det derfor blir vanskeligere med felles godkjenninger og liknende. Det er også en fare at u-land ved globalisering av utdanningen vil falle utenfor og det er de rike landene som vil komme til å styre markedet.

Dette kan være noen av årsakene til at det er mange land som er forsiktige med å binde seg innenfor utdanningssektoren. Allikevel ser vi at det er en økning i den internasjonale handelen og kravene fra andre land til åpning av markedet innenfor utdanningssektoren øker.

1.3 Problemstilling, avgrensninger og oppbygning av avhandlingen.

Avhandlingen reiser flere problemstillinger. Jeg vil se på subsidieringen innenfor utdanningssektoren og de rettslige forpliktelsene GATS – avtalen reiser. Jeg vil fokusere på spørsmålene som reiser seg gjennom subsidiering av utdanning ved statlige tilskudd. Det mest aktuelle er tilskudd til skoler som har kommersiell tilstedeværelse på territoriet til et annet medlemsland art. I:2 (c), leveringsmåte 3. Jeg vil holde subsidiering gjennom finansiering av studenter utenfor.

For å få det riktige utgangspunktet for en videre drøftelse vil jeg gå nærmere inn på betydningen GATS har for utdanningssektoren generelt (kapittel 3) og om utdanning i det hele tatt faller inn under rekkevidden av GATS – avtalen (kapittel 4). Dette utgangspunktet

er avgjørende for den videre tolkningen av hvilke rettslige virkninger GATS – avtalen har for utdanning.

Under forutsetning av at utdanning omfattes av GATS rekkevidde, kommer det flere problemstillinger opp i forbindelse med subsidiering. Jeg vil drøfte hva som faller inn under subsidier art. XV i GATS. Siden dette temaet ikke er ferdigforhandlet vil jeg ta opp spørsmålet om hvilke andre bestemmelser som får anvendelse for tildelingen av subsidier. Jeg vil også legge vekt på hvilke konsekvenser det har at det ennå ikke foreligger noen klare retningslinjer og en klar definisjon. Jeg vil i kapittel 5 drøfte hvilke bestemmelse som kan få betydning og dermed er interessant å drøfte videre. Siden Norge har åpnet utdanningssektoren er det et spørsmål om det vil falle inn under nasjonal behandling i art. XVII eller markedsadgang i XVII. Disse er bestemmelser som gjelder der hvor landene er spesielt forpliktet og forholder seg til bindingslistene.

Jeg synes det er ganske klart at subsidier vil falle inn under prinsippet om nasjonal behandling og vil derfor i kapittel 6 drøfte spørsmålene rundt art. XVII og anvendelsen på subsidier i utdanningen. Spørsmålene under dette kapittelet vil ta for seg hvilke utdanninger og utdanningsinstitusjoner som faller innefor art. XVII om nasjonal behandling. Jeg vil også drøfte hvilke typer behandlinger, og hvordan subsidieringen kan være uten at det blir diskriminerende i forhold til bestemmelse. Jeg vil deretter se på hvilke betydninger det har for tilbudet på det norske markedet, og om de norske reglene tilfredsstiller de forpliktelsene vi har etter GATS – avtalen.

Det er også et spørsmål om hvor vidt subsidier innenfor utdanningssektoren kan omfattes av bestemmelsene om offentlige anskaffelser i GATS art. XIII. Jeg vil drøfte hva som generelt ligger i offentlig anskaffelser etter GATS - -avtalen og deretter om subsidier til private nasjonale og internasjonale tilbydere kan sees på som anskaffelse av tjenester til offentlige formål (kapittel 7). Hvis subsidiering av utdanning vil være offentlige anskaffelser etter GATS – avtalen vil ikke bestemmelsene om bestevilkårsbehandling art. II, markedsadgang art. XVI eller nasjonal behandling art. XVII få anvendelse.

Der hvor subsidier ikke er diskriminerende etter del III i GATS, men allikevel svekker eller opphever en fordel et medlemsland med rimelighet kunne forvente av et annet medlemslands spesielle forpliktelser, kan det bli tatt opp etter DSU. Dette er regulert i GATS art. XXIII. Det kan ha betydning der hvor det ikke foreligger diskriminering mellom innenlandske og utenlandske tilbydere i forhold til subsidiering, men som allikevel har den effekten at de utenlandske tilbyderne ikke nyter godt av subsidiene. For eksempel der hvor staten gir mye subsidier til de offentlige skolene, mens de private tilbyderne bare får en liten andel subsidier i forhold. Dette kan være et utgangspunkt for å reise en klage etter art. XXIII fordi denne behandlingen effektivt forhindrer private utenlandske institusjoner og konkurrere med innenlandske offentlige skoler. Jeg har allikevel holdt det utenfor avhandlingen. Dette temaet vil ikke bli behandlet nærmere under.

Som en bakgrunn for den videre drøftelsen vil jeg innledningsvis redegjøre for rettskildene (punkt 1.4) og videre generelt om organisasjonen WTO oppbygning og den rettslige betydningen for det enkelte medlemsland (kapittel 2).

1.4 Rettskilder og metode

Ved tolkning av WTO -avtalen og dens tilleggsavtaler er det naturlig å bruke folkerettslig metode for tolkning av traktater siden dette er et internasjonalt traktatsystem.⁴ Dette er også slått fast i DSU⁵ artikkel 3:2. I tillegg er the Appellate Body⁶ veldig trofaste til traktatens tekst og til sine tidligere avgjørelser. De mener det er å klargjøre traktatens innhold slik de er nå og ikke hvordan de burde være.⁷

Sedvanerettslige regler om tolkning av traktater er kodifisert i Wienkonvensjonen av 23. mai 1969 om traktatretten (heretter Wienkonvensjonen), artikkel 31-33. Konvensjonene vil

⁴ Se Ruud, Ulfstein og Fauchald: Utvalgte emner i folkeretten, s. 140-141

⁵ Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes.

⁶ Dette er ankeinstansen i tvisteløsningsorganet i WTO.

⁷ Appellate Body Report, US-Certain EC Products, WT/DS165/AB/R, para 92. og DSU art. 3:2.

også kunne anvendes på stater som ikke har ratifisert den, for eksempel Norge.⁸
Wienkonvensjonen er heller ikke uttømmende.⁹

Etter artikkel 31 i Wienkonvensjonen skal det legges vekt på god tro og den ordinære meningen av traktaten, sett i lys av formålet og objektet for traktaten. For å komme fram til riktig tolkning må man da se på selve teksten, den vanlige meningen med ordet. Ikke bare den grammatiske meningen, men også konteksten og traktatens formål, som regel er dette uttrykt i preambelet. Formålet er det vanlig å legge stor vekt på der ordlyden ikke gir noen klar mening. I tillegg må det legges vekt på andre bestemmelser i traktaten hvis de kan være med på å belyse betydningen.

Jeg vil også ta i betraktning Norges oppfatning og tolkning av spesielle spørsmål og termer. Der hvor det er usikkert hva som faller inn under tolkningen av traktaten, kan det hjelpe å se hvordan spørsmålet løses internt i medlemslandet.

Der hvor resultatet blir urimelig, absurd eller er uklart, og der hvor det trengs flere tolkningsfaktorer for å styrke resultatet kommer artikkel 32 med supplerende faktorer vi kan ta med i tolkningen. Det er blant annet forarbeidene og omstendighetene som har ført til avtalen er kommet i stand. I forhold til norsk rett er det i WTO regelverket ikke alltid så mye å finne i forarbeidene, disse består som regel av forhandlinger og mange av dem er lukket. Derfor kan disse ikke legges så stor vekt på som ved tolkning av norsk rett.

Wienkonvensjonen har også tatt inn en artikkel 33 som omhandler der hvor det er flere likeverdige språk. Det er de offisielle tekstene som må brukes i en tolkning. Der hvor det er ulikheter i de offisielle språkene kan man argumentere for at det skal legges vekt på forhandlingsspråket. Engelsk, fransk og spanske er de offisielle språkene i WTO, disse er derfor likeverdige. Ved uklarheter kan de hjelpe og sammenlikne disse tre versjonene av avtalene. Jeg behersker dessverre bare engelsk og kan derfor ikke bruke tolkningen av den franske og spanske versjonen noe særlig i min tolkning.

⁸ Se Ruud, Ulfstein og Fauchald: Utvalgte emner i folkeretten, s. 46-47

⁹ se fortalen til Wienkonvensjonen om traktatretten, 23. mai 1969.

IJC¹⁰ artikkel 38 regulerer hvilke rettskilder domstolen skal legge vekt på. Av betydning her er andre traktater, internasjonal rettspraksis, rettsoppfatninger og sedvane. Så langt det er av interesse vil jeg ta det med i tolkningen.

Hvilken betydning har de nasjonale domstolenes syn på saken? Blir GATS direkte implementert i norsk rett, eller er det et krav at den i så fall skal implementeres i lovverket fortløpende og direkte eller er det slik at den ikke får betydning med mindre den stemmer overens med norsk lovgiving.

Der hvor det ikke er mulig å harmonisere slik at det ikke oppstår en konflikt mellom nasjonal lovgiving og WTO reglene kommer spørsmålet på spissen. Kan da WTO reglene påberopes i de nasjonale domstolene? Dette spørsmålet om direkte effekt er et mye debattert tema. Det er argumenter både for og i mot, og noen mener at det i utgangspunktet ikke bør ha en direkte effekt, men at avgjørelsen kan få direkte effekt hvis saken har vært oppe i tvisteløsningsorganet til WTO. Det er ingen av de store handelsnasjonene som gir WTO reglene direkte virkning. I disse landene er det ikke mulig å påberope seg WTO reglene som grunnlag.¹¹ Dette vil jeg så vidt berøre i punkt 5.2.2.

1.4.1 Norske lover

Lov om universiteter og høyskoler 1.4.2005 nr. 15 virkeområde: dette er en lov som gjelder både offentlige og private universiteter og høyskoler.

Lov om frittstående skolar (friskoleloven) 4.7.2003 nr. 84 virkeområde: gjelder grunnskoler og videregående skoler som er frittstående og har rett til statstøtte/tilskudd.

Lov om grunnskolen og den videregående opplæringa (opplæringslova) 17.7.1998 nr. 61 virkeområde: gjelder grunnskoler og videregående skoler som er offentlig drevet. Gjelder også grunnskoler som ikke omfattes av friskoleloven, dvs. de som ikke mottar statstilskudd. Den gjelder ikke videregående skoler som ikke mottar statstilskudd.

¹⁰ Statuttene for Den Internasjonale Domstol 26.juni 1945

¹¹ Se Peter Van den Bossche; The Law and Policy of the World Trade Organization 1.edition 2005, s. 67-74.

I tillegg bruker jeg noen av de lovene som er opphevet ved innføringen av de overstående lovene, ved tolkningen av rekkevidden. Jeg bruker også forarbeider og forskrifter som kan belyse tolkningen nærmere.

1.5 Begreper

I avhandlingen vil det komme opp mange begreper som er uavklarte og som kan tolkes på forskjellige måter. Dette er spesielt vanskelig fordi begrepene som brukes i GATS – avtalen og resten av WTO regelverket skal brukes av alle medlemslandene og ha den samme betydningen. Dette er en vanskelig oppgave å løse fordi WTO består av land fra hele verden med forskjellige kulturer, tradisjoner og veldig forskjellige rettssystemer. Mange av spørsmålene i avhandlingen består i å avklare begreper, derfor vil jeg ikke ha noen begrepsavklaring innledningsvis. Jeg vil heller ta for meg begrepene etter hvert som de trenger avklaring utover i avhandlingen.

1.6 Aktualitet

Utdanning generelt har fått liten plass i WTO forhandlingene. Allikevel er det et tema som mange både tilhengere og motstandere av GATS – avtalen er opptatt av. Det er heller ingen tvil om at det vil få større betydning i forhandlingene fremover. Det er en økende interesse for handel med utdanning. Denne økende interessen bygger på en utvikling i hvordan utdanning blir tilbudt. Forskning og utviklingen har fått et større marked og flere aktører på grunn av at kommunikasjonen rekker rundt hele verden. Derfor er det blitt høyere krav, flere spesialister og dermed mer interessant for utdanningsinstitusjoner og opptre på et internasjonalt plan.

Jeg har valgt å skrive om subsidier til utdanningsinstitusjoner fordi det fortsatt er et uavklart område. Det er en viktig faktor for etablering av utdanningsinstitusjoner og har betydning for tilbudet nasjonalt.

Jeg skal under forsøke å drøfte ulike spørsmål som berøres ved subsidiering innenfor utdanningssektoren og spørsmål til subsidieringen i Norge. Jeg vil også forsøke å klargjøre om Norge overholder forpliktelsene sine etter GATS – avtalen innenfor utdanningssektoren.

2 WTO

2.1 Innledning

WTO¹² ble opprettet i 1995 som organisasjon, og er et resultat av forhandlingene i Uruguay-runden (1986-1994) og tidligere forhandlinger under GATT.¹³ Det er 148 medlemsland per 16. februar 2005.¹⁴

GATT som ble opprettet i 1947, har vært forløperen til WTO. GATT (heretter kalt GATT 47) var opprinnelig en midlertidig avtale om handel med varer. Meningen var å opprette en internasjonal handelsorganisasjon. Landene hadde vanskelig for å komme til enighet og GATT 47 ble en langvarig avtale og ble i stede for International Trade Organization den sentrale ”organisasjonen” for å koordinere nasjonal politikk og internasjonal handel.¹⁵ Etter hvert ble den sett på som en organisasjon selv om det offisielt ikke hadde strukturen til en organisasjon.¹⁶ GATT 47 ble utviklet gjennom mange forhandlingsrunder.

Den foreløpig lengste forhandlingsrunden Uruguay-runden, varte fra 1986-1994 og ledet frem til WTO -avtalen som ble etablert 1. januar 1995. Den vokste ut av GATT -avtalen, som bare gjaldt handel med varer. WTO - avtalen dekker også handel med tjenester (GATS), immaterielle rettigheter (TRIPS) og avtale om tvisteløsning. Sammenliknet med GATT er sammenhengen og kompetansen til WTO -avtalen blitt betydelig større. Den legger det rettslige grunnlaget for en global handelsorganisasjon som får betydninger både for andre internasjonale organisasjoner og det interne rettsystemet til hver medlemsstat.¹⁷ Dette er en stor endring i den internasjonale handelen som går fra å stole på diplomati og

¹² World Trade Organization

¹³ General Agreement on Tariffs and Trade

¹⁴ Per 30.03.05 på WTOs hjemmeside; http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/org6_e.htm

¹⁵ Se Egelund Olsen/Steinicke/Sørensen (ed.): WTO Law – from a European perspective, 1. utg. København 2006. s. 24.

¹⁶ Andreas F. Lowenfeld, International Economic Law, Oxford, 2002, s 28.

¹⁷ Se note 15 s.20.

politikk til et rettslig regelverk i en institusjonell setting hvor medlemslandene kan forhandle.

2.2 Historie

Som sagt var det aldri meningen at GATT skulle bli en sentral handels organisasjon men etter som det etter hvert ble lagt mer og mer vekt på GATT - avtalen dannet det seg en organisasjon rundt den. Ettersom organisasjonen utviklet seg og forhandlingene ble mer og mer komplekse viste svakhetene ved GATT -avtalen seg tydeligere. Det er kalt GATTs fødselsdefekter.¹⁸ Det har vært åtte store forhandlingsrunder hvor den siste av de åtte, Uruguay runden, var vendepunktet som tok tak i mange av GATTs fødselsdefekter og WTO ble opprettet som en ny organisasjon basert på den ”gamle” GATT avtalen den 1. januar 1995.

GATT som organisasjon endte med Uruguay runden. I WTO er det ministerkonferansen som har den høyeste myndigheten.¹⁹ Det er i alle fall ministerkonferanse hvert andre år. Siste konferansen var i Hongkong i desember 2005. Den nåværende forhandlingsrunden er Doha runden.

2.3 Oppbygning

Det som kalles WTO – avtalen (Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization) i dag, kan sees på som den integrerte delen i sluttakten som gjelder opprettelsen av selve organisasjonen som gjør WTO -avtalen til et rammeverk for alle avtalene som faller inn under denne. Eller det kan omfatte sluttakten og alle avtalene som faller inn under WTOs rekkevidde, at WTO sees på som selv organisasjonen og alt som faller inn under. Jeg synes det er mest naturlig å se på WTO -avtalen som sluttakten og alle avtalene som faller under denne.

Avtaleverket består av:

Sluttakten som inneholder regler om selve organisasjonen og opprettelsen av denne. Den delen av sluttakten som inneholder regler om organisasjonen, opprettelse og rekkevidden til

¹⁸ Se Se Egelund Olsen/Steinicke/Sørensen (ed.): WTO Law – from a European perspective, 1. utg. København, 2006, s. 24

¹⁹ Se WTO avt. (MAR AG) art. IV:1

WTO, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization (MAR AG), er en forholdsvis kort avtale med 16 artikler og kalles gjerne ”organisasjonsavtalen”.²⁰ Det er i Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization hvor den rettslige strukturen til WTO er nedtegnet. Det er denne avtalen som oppretter det institusjonelle rammeverket og rettighetene og pliktene til de forskjellige avtalene som faller inn under WTO.

Strukturen på traktatsystemet i WTO er et komplekst system. Det består av både multilaterale og plurilaterale avtaler. WTO – avtalen, som rettslig system, kan sies å bestå av fire hovedelementer i tillegg til ”organisasjonsavtalen”. GATT 1994, GATS, TRIPS og tvisteløsningsavtalen (DSU) som er multilaterale avtaler som binder alle medlemsstatene.²¹

Annex 1a inneholder Multilateral Agreements on Trade in Goods. Som inkluderer GATT 1994. Vi skiller mellom GATT 1994 og GATT (som jeg kaller GATT 47), men GATT 1994 er i utgangspunktet den samme avtalen som GATT 47 med noen endringer og avtaler om hvordan GATT 47 skal forstås.²² Marrakesh Protocol to GATT 1994 er også en del av GATT 1994.

GATS, General Agreement on Trade in Services,²³ er avtalen om handel med tjenester. Det er denne avtalen som får anvendelse på utdanningssektoren som jeg skal drøfte nærmere i oppgaven. Jeg vil komme nærmere tilbake til GATS under.

TRIPS, Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights, som gjelder immaterielle rettigheter er den første avtalen som setter dette inn i et folkerettslig system med internasjonal handel.

Tvisteløsningsavtalen (DSU), bygger på den tvisteløsningen som følger etter GATT 47 art. XXII og XXIII.²⁴ DSU gjør disse reglene passende til alle avtalene som faller inn under

²⁰ Torsten Seth, WTO och den internationella handelsordningen, **forlag, årstall**, s. 50.

²¹ Se WTO avtalen, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization (MAR AG) art. II:2

²² Se WTO avtalen (MAR AG) art. II:4

²³ Det ble opprettet egne forhandlinger for tjenester pga at det var en del uenigheter rundt temaet.

²⁴ Andreas F. Lowenfeld, International Economic Law, Oxford 2002, s 71.

WTOs avtaleverk. I saker mellom stater gir den muligheter for bindene avgjørelser²⁵ og erstatning/kompensasjon eller mottiltak.²⁶

De plurilaterale avtalene er som sagt ikke bindende for landene som blir medlemmer av WTO.²⁷ Disse avtalene er nedtegnet i Annex 4.

I hierarkiet av avtaler under WTO, er det sagt i MAR AG (WTO avtalen) art. XVI:3 at ved konflikt mellom en av de multilaterale avtalene og WTO avtalen er det WTO avtalen som skal gå foran. Selv om det ikke er spesifisert, vil det være naturlig at en analogisk tolkning vil føre til den samme løsningen ved konflikt med de plurilaterale avtalene.²⁸ Den generelle tolknings notatet til Annex 1a sier at ved konflikt mellom GATT 1994 og en av de andre avtalene i annex 1a er det de andre avtalene som skal gå foran.

2.4 GATS

2.4.1 Innledning

GATS – avtalen er den første og den eneste multilaterale avtalen som gjelder internasjonal handel med tjenester. Handel med tjenester inkluderer også etablering, for eksempel av utenlandske utdanningsinstitusjoner i Norge. Forhandlingene ble startet på grunn av at tjenester og handel med tjenester er i stor vekst, og at mulighetene for handel med tjenester øker med revolusjonen innen kommunikasjon. Det er den raskest voksende sektoren i verdensøkonomien.²⁹ Handel med tjenester er en stor del av BNP og står for mye av sysselsettingen i i-land. Selv om det ikke er det samme i u-land er det helt klart at det er mer og mer viktig for økonomien med tjenestehandel.

På grunn av at det var en del uenigheter om man i det hele tatt ville ha en avtale som regulerte handel med tjenester, ble forhandlingene om GATS holdt utenfor de andre forhandlingene under WTO.

²⁵ For at avgjørelsen skal bli bindende for partene må den vedtas av DSB, se SDU art. 16 (4) og 17 (14).

²⁶ DSU art. 22 og WTO avtalen (MAR AG) art. IX:1.

²⁷ Se MAR AG srt. II:3

²⁸ Se Egelund Olsen/Steinicke/Sørensen (ed.): WTO Law – from a European perspective, 1. utg. København, 2006, s. 39

²⁹ World Trade Organization, Understanding the WTO, 3rd edition 2003

2.4.2 Formål

Det var ikke før etter at WTO var etablert at handel med tjenester kom opp. Ikke fordi det økonomisk sett var mindre viktig, men heller at det var store forskjeller på området og at det er vanskelig å komme til enighet. Et av de store problemene er at det er store forskjeller mellom i-land og u-land, og det var problemer med GATT som enda ikke var løst som trakk mest oppmerksomhet.³⁰ Etter hvert ble presset, hovedsakelig fra i-landene, om å regulere handelen med tjenester så stort at det førte til GATS - avtalen.

Formålet med GATS er å fjerne de handelshindrende grensene for tjenester. I preambelet kommer det frem at medlemslandene ønsker at handelen med tjenester skal øke under forholdene av åpenhet og gradvis liberalisering. Det kan for eksempel gjelde kontroll med etablering, regler for statsstøtte og offentlig anskaffelser, men medlemslandenes rett til å regulere med hensyn til politiske målsetninger er allikevel ivaretatt.³¹

2.4.3 Oppbygning

GATS avtalen består av fem elementer som er generelle begreper og forpliktelser (del I og II), de spesielle forpliktelsene (del III), forpliktelse om å fortsette forhandlingene om videre liberalisering (del IV), institusjonelle bestemmelser (del V) og vedlegg om spesielle spørsmål under GATS - avtalen.

En kan si at GATS har tre deler som danner rammeverket i handelen med tjenester. Det er hovedteksten som regulerer generelle forpliktelser og ordninger og de spesifikke forpliktelsene som gjelder i de sektorene som landene er bundet. Dette er selve rammeverket. Den andre delen er vedlegg som inneholder regler for spesifiserte sektorer som for eksempel vedlegg om finansielle tjenester. Den tredje delen er bindingslistene.³²

Det vil si at GATS, ikke som GATT at den selv øker liberaliseringen av tjenester, men er avhengig av at landene forhandler og forplikter seg innenfor rammeverket i bindingslistene eller vedleggene. På tross av dette og at tjenester er mye mer sammensatte og komplekse enn varer, er GATS bygget på GATT og har mange likheter. Dette kan være uheldig med

³⁰ Andreas F. Lowenfeld, International Economic Law, Oxford, 2002, s. 112?

³¹ Se preambelet til GATS avtalen.

³² for fullstendige bindingslister se: http://www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/serv_commitments_e.htm

tanke på at varer er noe som fysisk flytter seg ved en handel og det må skje over landegrensene for å bli sett på som internasjonal handle og handel med andre medlemsland. Tjenester er i en helt annen situasjon, handelen kan skje ved forskjellig type leveringsmåter, og det er ikke en fysisk "ting" som man kan forholde seg til.

I del I definerer GATS handelen med tjenester i fire ytelsesmåter, art. I (2). I forhold til GATT hvor handelen skjer når varene krysser grensen, kan handelen med tjenester skje ved fire forskjellige leveringsmåter som gjør at rekkevidden for tjenester blir større.

1: Ytelse over landegrensene. Dette er handel med tjenester hvor ikke tilbyder eller forbruker krysser landegrensene. Eksempler er handel over telefon eller Internett. Et eksempel er fjernundervisning. Det er flere universiteter som tilbyr utdanning via internett.

2: Forbruk i utlandet. Dette er tjenester som tilbys i ett land og brukes av et annet lands statsborger i tilbyderlandet. For eksempel norske studenter som reiser til utlandet for å studere.

3: Kommersiell tilstedeværelse. Dette er hvor et medlemsland etablerer en næring på et annet medlemslands territorium. Eksempel er utenlandske utdanningsinstitusjoner som etablerer seg i Norge.

4: Fysiske personers tilstedeværelse. Det er hvor det brukes et annet medlemslands arbeidere i et nasjonalt selskap. Et eksempel er hvor en norsk skole ansetter en utenlandsk lærer til å undervise i et fremmedspråk.

Denne fordelingen av leveringsmåter gjør at flere forskjellige begreper trenger definering, for eksempel hva som menes med fysisk og juridisk person. Dette defineres i GATS art. XXVIII.

Den største delen av handelen innenfor utdanningssektoren skjer innenfor mode 2; forbruk i utlandet. Handel innenfor mode 3 er nå i vekst.³³

³³ se Guide to GATS, s. 236

Del II av GATS inneholder de generelle forpliktelsene. De viktigste bestemmelsene innefor del II av avtalen er prinsippet om bestevilkårsbehandling og prinsippet om åpenhet. Disse bestemmelsene gjelder for alle medlemslandene. Bestevilkårsbehandlingen er nedfelt i art. II og sier at ved tiltak som omfattes av avtalen skal et medlemsland ikke behandles mindre gunstig enn ethvert annet medlemsland. Tiltak som var i strid med denne avtalen kunne opprettholdes hvis de ble ført inn i listen for MFN unntak, se art. II:2. Prinsippet om åpenhet i art. III sier at medlemsstatene skal kunngjøre relevante tiltak som har innvirkning på virkemåten av GATS - avtalen. Slik at medlemslandene skal ha mulighet til å forholde seg etter de tiltakene som er nødvendig. Del II inneholder også reglene om monopol, offentlige anskaffelser, subsidier og innenlandske reguleringer. Noen av disse reglene blir supplementert av andre avtaler i WTO. Jeg vil drøfte dette nærmere under reglene om subsidier, offentlige anskaffelser og innenlandske reguleringer i forhold til tilskudd i utdanningen.

Del III inneholder de spesifikke forpliktelsene til markedsadgang og nasjonal behandling. Hvert medlemsland har en bindingsliste som gjelder de spesielle forpliktelsene. Her er det horisontale forpliktelser som gjelder alle sektorene og det er bindinger innenfor hver sektor og medlemslandene binder seg igjen innenfor de fire forskjellige leveringsmåtene. Forpliktelser som markedsadgang art. XVI, nasjonal behandling art. XVII og tilleggsforpliktelser art. XVIII.

Resten av GATS er veldig lik GATT og inneholder bestemmelser om nye forhandlingsrunder, bindingslistene, opprettelse av Council on Trade In Services (rådet for handel med tjenester) og tvisteløsningen ved å referer til DSU.

2.4.4 Virkeområde

GATS har en veldig vid rekkevidde, nesten alle tjenester faller inn under GATS. Men medlemslandene kan forplikte seg på forskjellige nivåer, for noen tjenester får ikke GATS

anvendelse i det hele tatt, noen av bestemmelsene er de bundet av ved å være medlem av WTO, noen av bestemmelsene får bare anvendelse hvis medlemslandet har åpnet og forpliktet seg innenfor sektoren. Der hvor landene har forpliktet seg innenfor sektoren kan de igjen åpne den helt slik at de er fullt ut forpliktet etter GATS eller de kan sette begrensninger til forpliktelsene sine.

Det er noen tjenester som er helt unntatt fra GATS og avtalen får derfor ikke betydning. Det gjelder tjenester som ytes under utøvelse av offentlig myndighet art. I 3:(b) og som heller ikke blir tilbudt på kommersiell basis eller i konkurranse med en eller flere tilbydere. Jeg vil drøfte kort i kapittel 4 hvilke betydning dette har for utdanningssektoren i Norge. Art. I:3 har vært tema for mye diskusjon fordi det er uklart hva som ligger i statsmyndighet og kommersiell basis og konkurranse i forhold til hva som faller utenfor av offentlige tjenester. Medlemslandene vil gjerne beskytte de tjenestene som er det offentliges ansvar fra GATS. På grunn av at det store antallet medlemsland fra alle deler av verden er det store forskjeller i de interne systemene som regulerer offentlige tjenester.

Minimum av forpliktelse etter GATS er der hvor et medlemsland ikke har bundet seg innenfor noen sektorer slik at bare de generelle bestemmelsene får anvendelse, og i tillegg har unntak fra bestevilkårsprinsippet, MFN (Most-Favoured-Nation Treatment) art. II. Unntak fra bestevilkårsbehandling er hjemlet i art. II 2. ledd, og vedlegget om unntak fra art. II.

Der hvor medlemslandet ikke er forpliktet i noen sektorer eller har gjort unntak fra MFN, er det en normal forpliktelse hvor medlemslandet er forpliktet etter de generelle reglene i del II, og er fullt forpliktet etter MFN art. II.

Det neste steget er at medlemslandet binder seg ytterligere ved å forplikte seg innenfor ulike sektorer. Dette er regulert gjennom bindingslistene hvor hvert medlemsland fører inn hvilke sektorer de vil åpne og hvilke begrensninger de har innenfor hver leveringsmåte og markedsadgang og nasjonal behandling.

GATS får full virkning når medlemslandet er ubetinget bundet innenfor alle sektorene og ingen unntak fra MFN.

Jeg setter inn en tabell som viser oversiktlig GATS betydning ved tilbudet av tjenester på forskjellig bindingsnivå³⁴

	Sektorer som medlemslandene ikke har åpnet for handel	Sektorer som medlemslandene har åpnet for handel
A. <u>Alle tjenester</u> (unntatt B. og C.)	<u>Ubetingede forpliktelser:</u> Bestevilkårsprinsippet, art. II Åpenhet, art. III:1 og 4, art. VII:4 Tilgjengeligheten av rettsmidler art. VI:2 Kontroll av monopoler art. VIII:1 Konsultasjoner ved <ul style="list-style-type: none"> - Subsidier med ugunstige virkninger art. XV:2 - Visse typer konkurransebegrensede forretningsmetoder art. IX:1 	<u>Ubetingede forpliktelser:</u> se andre kolonne. <u>Betingede forpliktelser:</u> Ytterlige forpliktelser om åpenhet art. III:3 og 4 Innenlandske reguleringer art. VI:1, 3, 5 og 6 Ytterlige forpliktelser om kontroll av monopoler art. VIII:1, 2 og 4 Tillatelser til kapitaloverføringer og betalinger uten restriksjoner art. XI og art. XVI fotnote 8 Ikke diskriminerende bruk av tele nettverk og tjenester, vedlegg om telekommunikasjon <u>Forpliktelser etter bindingslistene:</u> Markedsadgang art. XVI Nasjonal behandling art. XVII Tilleggsforpliktelser art. XVIII
B. <u>Spesielle tilfeller</u> (i) Sjøtransporttjenester, vedlegg om forhandlinger om sjøtransporttjenester (ii) Offentlige anskaffelser art. XIII:1	Se over, unntatt bestevilkårsprinsippet	(i) Som alle andre tjenester etter bindingslistene (ii) Markedsadgang art. XVI og nasjonal behandling art. XVII får ikke anvendelse.
C. <u>Sektorer og tiltak som er unntatt fra GATS.</u> (i) Tjenester tilbudt under utøvelse av statsmyndighet art. I:3 (ii) Luftfartstjenester (tiltak som har innvirkning på trafikkrettigheter og tjenester som er direkte relatert, unntatt tre unntak)		

³⁴ Denne er hentet fra Adlung: Public Services and the GATS, JIEL 2006 s. 5. Her er de forskjellige innføringene i tabellen forklart nærmere.

2.4.5 Prinsipper

GATS bygger på de samme prinsippene som GATT.

Bestevilkårsbehandling.

Det første prinsippet er MFN – prinsippet (Most-Favoured-Nation Treatment) som vi på norsk kaller Bestevilkårsprinsippet, GATS art. II. Dette prinsippet fastslår at det skal være likebehandling mellom aktører fra ulike utland. Dette prinsippet er gjeldende for alle som forplikter seg etter WTO og dermed er bundet av GATS. På grunn av lisenser og tillatelser som allerede var under behandling og gjengjeldelsen av disse, var det mange av medlemslandene som ikke var villig til å forplikte seg til dette prinsippet med en gang. Løsningen ble at hvert medlemsland ble gitt muligheten til å gjøre unntak vedlegg om unntak fra artikkel II jf. Art. II 2. ledd. Utgangspunktet var at disse unntakene skulle være gyldige i ti år som en overgangsperiode. Realiteten i dag, ti år etter, er at unntakene fortsatt er virksomme, og det er ingen av medlemslandene som vil slette sine egne unntak. Derfor kommer medlemslandenes MFN unntak fortsatt til å gjelde.

Åpenhet.

Prinsippet om åpenhet finnes i GATS art. III. Dette prinsippet krever at medlemslandene skal gjøre informasjon som er relevant og som har innvirkning på virkemåten for GATS avtalen lett tilgjengelig. Det er traktatfestet at medlemslandene må rapportere minst en gang hvert år om endringer og nye lover. Dette gjelder også internasjonale avtaler som medlemslandene inngår. Prinsippet om åpenhet er viktig i handel med tjenester fordi barrierene på handelen ligger ikke alltid på reguleringer som gjelder ved at tjenester krysser grenser, men i kravet til lisenser, reguleringer osv.

Markedsadgang.

Sentralt i GATS er markedsadgang art. XVI, men markedsadgang er en del av de spesielle forpliktelsene og derfor er det ikke slik at markedsadgang automatisk gis til utenlandske tjenester. Medlemslandene har en positiv liste, bindingslistene, som angir det som skal omfattes. Disse sier innenfor hvilke sektorer medlemslandene åpner markedet sitt for andre medlemslands tilbydere. Markedsadgang får konsekvenser for de tiltakene medlemslandene gjør som diskriminerer i forhold til hvem som får adgangen til markedet.

Nasjonal behandling.

Nasjonal behandling, art. XVII er ikke en grunnleggende rettighet slik som i GATT.³⁵ Nasjonal behandling er slik som markedsadgang en del av de generelle forpliktelsene, og medlemslandene må forplikte seg i bindingslistene for at prinsippet skal få betydning. En skulle tro at ved forpliktelse innen en sektor ville prinsippet om nasjonal behandling bli gjeldende innefor denne sektoren uten å positivt forplikte seg, men GATS art. XVII ”In sectors inscribed in its Schedule, *and subject to any conditions and qualifications set out...*” (min uthev.), viser at det ikke er tilfelle. Nasjonal behandling gjelder både de jure og de facto diskriminering.³⁶ Forskjellen fra prinsippet om bestevilkårsbehandling er at prinsippet om nasjonal behandling gjelder likebehandling av både utenlandske og innenlandske aktører, mens MFN bare gjelder utenlandske aktører.

Innenlandske reguleringer

Art VI slår fast at innenlandske reguleringer må administreres på en rimelig, objektiv og upartisk måte. Dette legger føringer på hvordan medlemslandet må utforme intern lovgiving.

³⁵ se GATT 47 art. III, jf. GATT 94 (1)

³⁶ Se WT/DS27/AB/R, EC – Bananas III (US), para 233 og WT/DS139/AB/R, Canada – Autos, para 141.

2.4.6 Tvisteløsning og håndheving

For å styrke rettighetene og forpliktelsene som medlemmene har etter WTO avtalen og avtalene som ligger under er det nødvendig med regler som sikrer håndhevingen av avtalen.

I art. XVI:4 i WTO – avtalen (MAR AG) sier at medlemslandene har ansvaret for at landets lover, reguleringer og administrative prosedyrer skal være i overensstemmelse med forpliktelsene etter avtalene i WTO.

Det er the Dispute Settlement Understanding som inneholder regler og prosedyrer for hvordan tvistemål skal løses ved tvister mellom medlemsland. WTOs tvisteløsning bygger på de samme bestemmelsene som GATT 47 jf. DSU art. 3 (1). Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes er en egen avtale og regulerer tvisteløsningen for hele WTO - regelverket.³⁷ Appendix 2 lister opp avtaler som har egne spesielle regler for tvisteløsning. I GATS - avtalen er art. XXII:3 og art. XXIII:3 som inneholder egne regler om tvisteløsning.

Det som er nytt fra GATT 47 og som er av stor betydning, er at det har blitt en to trinns behandling. Muligheten for ankebehandling ved Appellate Body, og muligheten for kompensasjon og gjengjeldelse hvis ikke en part som har handlet i strid med avtalen retter opp praksisen sin. DSU er en ny avtale. Dette gjør at det er mye som er uklart etter avtalen og det er fortsatt lite rettspraksis å bygge på. Det er Dispute Settlement Body (DSB) som er opprettet for å administrere DSUs regler.³⁸ Jeg vil videre gi et sammendrag av saksgangen i DSU og de forskjellige organene.

Klage.

Hvis en medlemsstat mener at en annen medlemsstat bryter pliktene sine etter en av avtalene under WTO, kan den kreve en konsultasjon jf. DSU art.4 (3). Hvis ikke den medlemsstaten som blir anmodet svarer eller innleder konsultasjonen etter 30 dager kan den medlemsstaten som ønsket konsultasjon kreve at et panel blir opprettet. Medlemmene

³⁷ Appendix 1 til DSU lister opp de avtalene som faller inn under DSUs regler om tvisteløsning.

³⁸ Se DSU art. 1 (2)

er forpliktet til slik konsultasjon slik at stridsspørsmål kan løses hvis det er mulig uten at det er unødvendig bruk av ressursene som er til rådighet i DSU.

Anmodning om opprettelse av et panel.

Hvis ikke konsultasjonen fører til enighet innen 60 dager, eller det er enighet mellom partene at det skal rettes en forespørsel om opprettelse av et panel art 4(7). Anmodningen om opprettelse av panelet skal fremlegges skriftlig og skal inneholde konkret beskrivelse av hva som ønskes vurdert og et kort sammendrag av det rettslige grunnlaget. Det skal også komme frem om det har vært holdt en konsultasjon eller ikke. Det er klageren som kan anmode en formell klage. Kravene for en formell klage er arvet fra GATT.

Panelet.

Det skal senest på det første møte i DSB (Dispute Settlement Body) etter anmodningen opprettes et ad hoc panel DSU art. 6(1).

Panelet består av tre medlemmer som er oppnevnt av sekretariatet. De skal være uavhengige og ha bred erfaring på området se DSU art. 8. Ved møte for panelet har partene mulighet til å legge frem sine bevis og presentere standpunktene sine. Møtene er lukket og konfidensielle DSU art. 12 og vedlegg 3. Oppgaven til panelet er å bistå DSB (som består av et medlem fra hvert medlemsland) slik at de kan avsi sine anbefalinger DSU art. 11.

Panelrapporten.

Som sagt er panelets møter og diskusjoner konfidensielle. Utkastet til panelrapporten blir skrevet uten at partene er til stede og individuelle meninger fra panelets medlemmer er anonyme. Ved det andre møte panelet har med partene blir partene bedt om å kommentere den beskrivende delen av rapporten, som relevante fakta og partenes påstander. De får ikke noe indikasjon på standpunktet til rapporten. Dette er for å unngå feil som vil gjøre rapporten mindre troverdig og gi den mindre vekt enn den vil ha uten feil. Fra to til fire uker etter de har mottatt disse kommentarene skal rapporten være klar til å legges frem for DSB. Art. 15.

Panelets rapport skal vedtas så fort den er sirkulert, så lenge partene anker eller DSB ved konsensus velger å ikke vedta den.³⁹ Rapporten skal godkjennes av DSB innen 60 dager med mindre DSB ved konsensus avgjør at de ikke godkjenner den eller en av partene har meddelt at de vil anke art. 16 (4).

Anke.

En part kan anke, men bare over panelets juridiske fortolkninger og rettspørsmål i rapporten art 17 (6). Avgjørelsen av troverdigheten av bevisene og hvilken vekt de har er innenfor panelets skjønn og ligger utenfor ankens vurdering.⁴⁰ Det er et fast ankeorgan som består av syv personer hvorav tre tjenestegjør i hver enkelt sak. Dette går på rundgang, art. 17 (1). Etter å ha hørt partene skal ankeorganet avgi rapport

Som ved førsteinstans behandlingen skal rapporten godkjennes av DSB innen 30 dager (i stede for 60 dager) med mindre DSB ved konsensus avgjør at de ikke godkjenner den, art. 17 (14) The Appellate Body kan opprettholde, modifisere eller komme med en helt annen løsning enn panelet.⁴¹ Denne rapporten må uten forbehold vedtas og aksepteres av partene så lenge ikke DSB ved konsensus velger å ikke vedta rapporten.

Uoverensstemmelse med en WTO - avtale.

The Appellate Body vil anbefale at det tiltaket som er funnet å være i uoverensstemmelse med en WTO - avtale blir forandret slik at tiltaket ikke lenger krenker medlemslandets plikter. I tillegg kan panelet og the Appellate Body komme med anbefalinger til hvordan medlemslandet kan oppfylle anbefalingene. Det vanlige er at de anbefaler medlemslandet å trekke tilbake tiltaket som er i uoverensstemmelse med WTO regelverket.

Etter DSU er erstatning og kompensasjon til den skadelidende part bare midlertidige løsninger.⁴² Den eneste permanente løsningen er at medlemslandet forandrer tiltaket i

³⁹ DSU art. 16 (1) og 16 (4)

⁴⁰ Se Egelund Olsen/Steinicke/Sørensen (ed.): WTO Law – from a European perspective, 1. utg. København, 2006, s. 65

⁴¹ DSU art. 17 (13).

⁴² DSU art. 3 (7), 21 (6) og 22 (1)

overensstemmelse med avtalen.⁴³ Termen ”anbefaling” som er brukt i art. 19 må ikke forstås slik at medlemslandet kan velge om de vil etterkomme anbefalingen eller ikke. Dette sier seg ved at medlemslandene er forpliktet etter de forskjellige avtalene under WTO. Derfor er de også forpliktet til å rette opp tiltak som strider mot disse forpliktelsene når panelet eller the Appellate Body har kommet til en avgjørelse om at tiltaket er i strid med forpliktelsene. Avgjørelsen er bindende der hvor den slår fast et brudd på WTO reglene.

2.4.7 Bindingslister

Som sagt tidligere må man forplikte seg innenfor de enkelte sektorene for å bli bundet av prinsippene om markedsadgang og nasjonal behandling. Dette gjør man i bindingslistene.

Hvert land har sine egne bindingslister. Disse er inndelt i sektorer som igjen kan være inndelt i forskjellige kategorier. Utdanning er en av de tolv sektorene⁴⁴, og er igjen inndelt i undersektorer: A. Primary Educational services B. Secondary Educational services C. Higher Educational services D. Adult Educational services E. Other Educational services. I bindingslistene forplikter man seg under hver enkelt sektor og undersektor. Under undersektorene forplikter man seg igjen under de fire forskjellige ytelsesmåtene, og innenfor markedsadgang og nasjonal behandling. Her kan landene sette begrensninger til forpliktelsene sine. Det er ikke sikkert de vil åpne en sektor fullt med engang, men begynner litt forsiktig. Dette er ofte fordi de må ha noe å forhandle med når de vil at andre medlemslands skal åpne handelen mer for utenlandske tilbydere. I bindingslistene kan også medlemslandene sette horisontale forpliktelser som gjelder alle sektorene og undersektorene.

⁴³ DSU art 19

⁴⁴ De andre sektorene er forretningstjenester, kommunikasjonstjenester, bygg- anleggs konstruksjon og liknende ingeniørtjenester, distribusjonstjenester, miljøtjenester, finansielle tjenester, helse og velferdstjenester, turist og reise relaterte tjenester, rekreasjons- sports- og kulturtjenester, transporttjenester og andre tjenester som ikke faller inn under noen av de andre sektorene.

Jeg gir en nærmere behandling av Norges bindingslister i kapittel 6.4.3 under. Der kommer jeg inn på både de horisontale forpliktelsene og forpliktelsene under utdanningssektoren. Jeg kommenterer også Norges forslag til nye bindingslister.

2.4.8 Forhandlinger

Som i GATT setter GATS krav om regelmessige forhandlinger av avtalen se art. XIX.

3 GATS betydning for utdanningssektoren

Handel med utdanning er økende, og det er en økende interesse for aspektene rundt en liberalisering innenfor utdanningssektoren. Det er flere momenter som gjør at interessen innenfor denne sektoren vekker interesse, noen av de er: at en økende privatisering, mobilitet av studenter og utdanningstilbud gjør at den samlede verdien av utdanning er ganske stor. Landene er interessert i å skape utdanning av høy kvalitet, særlig på et høyere utdannings nivå, fordi det kan ha en positiv effekt for landets økonomi. Utdanning har innvirkning ikke bare på selve utdanningssektoren, men det har en kryseffekt på både den generelle handelen, økonomien og kulturen i et land. I tillegg er spørsmålet om hva slag oppgaver utdanningen har i et samfunn viktig, fordi det viser hvor de står i forhold til spørsmålet om private aktører i utdanningen. Der hvor utdanningen skal ha ansvar utover å tilegne elevene faglig kunnskap, og gi elever og studenter sosiale kunnskaper, bør utdanning kanskje bare tilbys av det offentlige som et offentlig gode til alle innbyggere i et land.

Jeg vil kun se på hvilken rolle utdanning spiller i WTO og GATS - avtalen, selv om handel med utdanning har interesse ut over dette.

3.1 GATS rekkevidde innefor utdanningssektoren

Hvor store rekkevidde GATS har innenfor utdanningssektoren for de 148 medlemslandene er bestemt av medlemslandenes egne forpliktelser innen for sektoren. I 2002 var det 42 av medlemslandene som hadde forpliktet seg innenfor utdanningssektoren.⁴⁵

Størrelsen på markedet innenfor WTO medlemslandene er det vanskelig å få eksakte tall på. På grunn av at utdanningen leveres gjennom fire forskjellige leveringsmåter. De tallene som av noen land blir rapportert inn er som oftest bare fra leveringsmåte 2 og for det meste kun fra høyere utdanning. OECD og UNESCO jobber med innsamling av empirisk data for fremtiden.⁴⁶

⁴⁵ Se OECD Background document, current commitments under the GATS in Educational Services, 23-23 May, 2002.

⁴⁶ Se Raymond Saner and Sylvie Fasel, Negotiation Trade in Educational Services within the WTO/GATS Context, *Aussenwirtschaft*, 59: 275-308, s. 280

3.1.1 Nøkkelproblemer innenfor utdanningssektoren

Det er flere barrierer i handelen med utdanning som trengs å løses i den videre liberaliseringen av sektoren. De hindringene til handelen med utdanning som er mest uttrykt i forslagene til Australia, USA, New Zealand og Japan, er for det første at landene forbyr utenlandske tilbydere å etablere seg på markedet, som for eksempel restriksjoner på eierskap og etablering. For det andre at det er mangel på åpenhet i landets interne reguleringer og det er administrative feil, dette kan gjøre at det er vanskelig for utenlandske tilbydere å få standarder og godkjenninger. For det tredje at det er diskriminering av beskatningen, her kommer det inn at det kan diskrimineres i forhold til subsidiering. Til slutt at det er diskriminering ved akkreditering og godkjenning av utenlandske utdannelse, noen av medlemslandene gjør det vanskelig for utenlandske tilbydere å få rettigheter til å utdele grader.⁴⁷ Flere av disse problemene ved handelen gjelder ikke bare handlene med utdanning, men også andre sektorer innenfor tjenestehandelen. Det er problemene med akkreditering og godkjenning av utdanning fra andre medlemsland som er spesielt innenfor utdanning, men det er problemene innenfor diskriminasjon ved beskatning og subsidier jeg skal se nærmere på under.⁴⁸ Det er leveringsmåte 3 som er mest påvirket av handelshindre.

I tillegg til disse problemene som hindrer handelen med utdanning, har vi en rekke andre hindringer som visumkrav, restriksjoner på elektronisk overføring av læringsmateriell, krav om lønnsomhetsanalyse for de som vil etablere seg, krav om bruk av lokale partnere, private tilbydere av høyere utdanning nektes å gå inn i eller tre ut av joint ventures med lokale eller ikke-lokale partnere, lang saksbehandlingstid og ved eventuelt avslag er det ingen begrunnelse eller informasjon om hva som kreves for å få tillatelse (i Norge gjelder forvaltningslovens regler som gir krav på begrunnelse og informasjon), franchise blir behandlet dårligere enn andre former for forretningsdrift, innenlandsk lovgiving er uklart administrert på en måte som gjør det vanskelig for utenlandske bedrifter å få oversikt slik at

⁴⁷ For nærmere behandling av temaet se Raymond Saner and Sylvie Fasel, *Negotiation Trade in Educational Services within the WTO/GATS Context*, *Aussenwirtschaft*, 59: 275-308, s. 290-292.

⁴⁸ Se også Pierre Sauvé i De Groof/Lauwers/Dondelinger, *Globalisation and Competition in Education*, WLP, 2003, s. 92-100 for en nærmere behandling av forslagene til Japan, USA, New Zealand og Australia og hvilke barrierer det er til handelen med utdanning.

de oppfyller alle kravene. Tilgangen på subsidier blir ikke gjort lett tilgjengelig for utenlandske aktører, lokale minimumskrav til lønn er ekstremt høye slik at det blir uøkonomisk å drive, spesialpersonell som trengs for en begrenset periode har problemer med å få oppholdstillatelse og sist men ikke minst er det kravene til kvaliteten på utdanningen som etter hvert som det blir mange tilbydere på markedet, få en mye større rolle enn det har i dag.

3.1.2 Utdanning som et offentlig gode

Det er mange av handelshindringene innenfor utdanning som er koblet til at utdanning tradisjonelt sett er et offentlig gode som blir tilbudt av det offentlige. Dette gjør at mange av medlemslandene er forsiktige med å forplikte seg innenfor utdanningssektoren. Sektoren har et marked på noe over 30Mrd USD (det er ca 3 % av tjenestehandelen).⁴⁹ Til tross for dette øker den internasjonale handelen med utdanning.

Statusen til offentlige tjenester i GATS er en av de mest debatterte spørsmålene. Kritikerne til GATS frykter at det offentlige vil miste retten sin til å kontrollere og regulere de offentlige tjenestene, deriblant utdanningen. Tilhengerne av GATS mener at det ikke er noe problem fordi slike tjenester vil falle utenfor rekkevidden av GATS etter art. I:3. Jeg vil derfor drøfte kort utdanning og hva som faller inn under og hva som faller utenfor GATS under i kapittel 4.

3.1.3 Hvordan kan man ekskludere utdanningssektoren fra forpliktelse?

Er man først medlem av WTO kan man ikke velge at en sektor ikke skal falle inn under landets forpliktelser etter en eller annen av avtalene som ligger under WTO regelverket.

Som sagt tidligere er det forskjellige nivåer av forpliktelse innenfor GATS avtalen. Der hvor et medlemsland ikke har forpliktet seg innenfor utdanningssektoren er man allikevel bundet av den generelle delen av avtalen. Den viktigste effekten av at man ikke har åpnet

⁴⁹ Fra foredrag av Leo A. Grünfeld, senior vitenskapelig rådgiver, MENON på forskningsseminar: Kunnskapsformidling i en globalisert verden: Forskning om GATS og utdanning. 21 april 2005 Chr. Michelsens Institutt Bergen. Se også 1999 WTOs Education Service Report.

utdanningssektoren er at prinsippet om nasjonal behandling ikke får anvendelse, men prinsippet om bestevilkårsprinsippet får anvendelse. Det vil si at et medlemsland som ikke har åpnet sektoren vil være forpliktet til å gi ethvert medlemsland av WTO de samme rettighetene som andre utenlandske tilbydere.

Det er altså ikke mulig at landene selv kan avgjøre at utdanning skal falle utenfor rekkevidden av avtalen. Det er kun hvis sektoren blir omfattet av GATS art. I:3 at ingen del av avtalen vil være bindende. Det er derfor viktig for medlemslandene og få klargjort rekkevidden av art. I:3. Den er fortsatt uklart og det er mange forskjellige meninger om hvordan denne skal tolkes.

3.2 GATS og utdanningssektoren fremover

3.2.1 Hva hindrer videre liberalisering av utdanningssektoren?

Konsekvensene av full binding innen utdanningssektoren er at alle reglene i GATS får virkning for denne sektoren. Både del III av avtalene som gjelder de sektorene landene har forpliktet seg i som art. XVI om markedsadgang og art. XVII om nasjonal behandling, og de reglene i del II av avtalen som også bare får betydning for sektorer som medlemslandene har åpnet, eksempel på dette er deler av art. VI om innenlandske reguleringer. Målet i GATS avtalen er at medlemslandene hele tiden skal forhandle om hvordan den internasjonale handelen videre skal liberaliseres, og at sektorene innenfor tjenestehandelen skal åpnes mer og mer.

Det er forhandlingene som er den viktige faktoren for videre liberalisering. Det er disse som er avgjørende for hva som faktisk blir åpnet videre i prosessen og det er medlemslandene selv som bestemmer hvilke deler av handelen de vil åpne mer for internasjonale tilbydere.

Det er mange faktorer som gjør at forhandlingene blir vanskelige og lite effektive. Forhandlingene er veldig styrt av det politiske. Det er mange forhandlere som skal sitte sammen og forhandle på en gang, noe som kan gjøre det kaotisk når alle som er med i forhandlingene søker og gagne sitt land i best mulig grad for å få igjennom sine ønsker. Forhandlingene blir enda vanskeligere av at det er flere ting som det skal forhandles om på

en gang. Det gjør at forhandlingene består av mange land som skal komme til enighet om mange forskjellige forhandlingstemaer på en gang. I tillegg er det ofte direkte eller indirekte innblanding av konkurrerende, ikke -statlige organisasjoner og ikke statlige organisasjoner som er supplerende. Dette gjør at det er enda flere interesser og meninger som skal ytres og tas med i forhandlingene før man kommer til noen enighet. Det som ofte skjer er at forhandlinger kan strekke ut i lang tid fordi det er vidt forskjellige meninger om hvordan de skal formuleres eller tolkes. Et eksempel er forhandlingene om subsidier etter GATS art. XV, her har medlemslandene forhandlet lenge og ikke kommet noe særlig videre. De er fortsatt ikke enige om hva som skal være definisjonen på subsidier. Grunnen er at medlemslandene i WTO er fra hele verden og har derfor vidt forskjellige interne styringsformer, forskjellige tradisjoner og kultur og ikke minst veldig forskjellige rettslige systemer.

En annen faktor som kan gjøre den videre liberaliseringen vanskelig, er at det stadig kommer til nye former for utdanning. Det er ikke lenge siden utdanning stort sett ble tilbudt på den tradisjonelle måten gjennom skoler med klasser hvor lærerne foreleste og ordinære skole eksamener. Utdanning ble også stort sett tilbudt av det offentlige så det private markedet var ikke med på å øke farten på utviklingsprosessen. Nå er utdanningssektoren i konstant utvikling og det kommer stadig til nye typer av utdanning som blir tilbudt på markedet

Problemene med at det kommer til nye typer utdanning er at det er vanskelig å plassere de i systemet. Det er usikkerhet om hvilke regler som får betydning og hvilke sektorer de faller inn under. Hvilke utdanninger som kan ansees å være like får også konsekvenser for rekkevidden av reglene i GATS.

Ved opprettelse av helt "nye" typer utdanning vil det selvfølgelig være behov for å regulere ting rundt dette. Subsidier er også noe et land ønsker å regulere for nye typer av utdanning. For at reguleringer for disse skal være i overensstemmelse med Norges forpliktelser etter GATS må de oppfylle kravene etter art. VI eller kunne gå inn under unntakene i art. XIV.

Derfor er det vanskeligere for medlemslandene å skulle opprettholde de politiske målene osv.

3.2.2 Nye typer utdanning som blir tilbudt

Markedet for utdanningstjenester er kraftig økende, mangfoldig og nyskapende. Det er flere ”nye” typer utdanning som har kommet de senere årene i tillegg til de tradisjonelle skolene og universitetene. Det er for eksempel firmaskoler, som stort sett er store internasjonale selskaper som trener sine ansatte, men det finnes også firmaer som gir grader og underviser kunder og liknende. Eksempler på dette er Motorola University, McDonalds Hamburger University med mer.⁵⁰ En annen type nye utdanninger er virtuelle universiteter som tilbyr tjenestene sine gjennom nettbasert læring, eksempler på dette er Open University worldwide (UK) og Open Learning Agency of Australia. En annen måte å tilby nettbasert læring på, er at de tradisjonelle universitetene øker bruken av dette overfor sine studenter og at det blir opprettet filialer utenfor hjemlandet. Tradisjonelle universiteter utvikler seg også ved at de oppretter fortjenestebaserte grener som søker å møte konkurransen fra private universiteter som driver for fortjeneste og fra de virtuelle universitetene. Eksempler på slike grener kan være videre opplæring for voksne som er i arbeid for eksempel NYU’s School of Continuing and Professional studies. En annen måte de tradisjonelle utdanningsinstitusjonene utvikler seg på er ved sammenslåinger med private. Sammenslåinger kan også skje mellom private som danner et utdanningsprosjekt. Eksempler vi har fra virkeligheten her er Trium EMBA (LSE, Stern of New York, HEC Paris).

Dette er utvikling som har skjedd uavhengig av GATS -avtalen. Selv om GATS -avtalen kan være et hjelpemiddel til å skape troverdighet og stabilitet i utviklingen av utdanningssektoren er det ikke den som er den største drivkraften bak utviklingen.⁵¹

⁵⁰ Se S/CSS/W/23, forhandlingsforslag fra USA og S/CSS/W93, forhandlingsforslag fra New Zealand pkt. 7.

⁵¹ Se Pierre Sauvé, Trade, Education and the GATS: What’s In, What’s Out, What’s All the Fuss About? S. 76-78 i Globalisation and Competition in Education, De Groof, Lauwers and Dondelinger 2003.

3.2.3 Den videre utviklingen av utdanningssektoren

Forhandlingen og diskusjonene som foregår i GATS om liberaliseringen av utdanning faller stort sett inn under den generelle diskusjonene om offentlige tjenester. Det hadde kanskje vært fornuftig å dele forhandlingene opp slik at det ble mer fokus på de forskjellige sektorene som faller inn under det vi regner som offentlige tjenester. Utdanning er forskjellig på flere plan. Utdanning eksisterte før ordet velferdsstat eksisterte. Det er en del av den nasjonale identiteten. En annen grunn til at medlemsstatene reserverer seg mot å åpne utdanningssektoren, er at offentlig utdanning er en del av kulturen vår og det er en nasjonal investering for landet og utdanne dyktige arbeidstakere. Velutdannende innbyggere vil sørge for en videre utvikling av landet for å konkurrere i det internasjonale økonomiske markedet.⁵²

Selv om det er få som har forpliktet seg innenfor utdanningssektoren er det blant bindingslistene til disse landene eksempler på begrensninger som er lite gjennomtenkt og som ikke uttrykker det som medlemsstatene hadde planlagt å begrense eller beskytte. Det reiser spørsmålet om det burde vært forhandlet frem en felles forståelse av hva forpliktelsene innenfor utdanningssektoren omfatter.⁵³

I den videre utviklingen innenfor utdanningssektoren vil det være av betydning at det blir klargjort hva som ligger i art. I:3, slik at det ikke er tvil om hva som faller innenfor rekkevidden av GATS avtalen. Videre vil det gjøre det lettere når retningslinjene for nasjonal reguleringer og subsidier blir ferdigforhandlet. Ellers er det som alle andre deler av tjenestehandelen den videre forhandlingen mellom medlemslandene som utvikler handelen med utdanning.

⁵² Se sluttrapport fra seminar: Kunnskapsformidling i en globalisert verden: forskning om GATS og utdanning. Ved Chr. Michelsens Institutt i Bergen. 21 april 2005.

⁵³ Se annekset om finansielle tjenester og annekset om telekommunikasjon. (se også Andras Lowenfeld; International Economic Law 2002 side 125 og side 129)

4 GATS artikkel 1:3

Det er viktig for å forstå rekkevidden av GATS -avtalen at vi vet hva som ligger i uttrykket ”tjenester”. Det er ingen definisjoner i GATS -avtalen av uttrykket ”tjenester”. Ut i fra at det er enormt mange tjenester det kan handles med og den konstante forandringen i innholdet og karakteristikken av tjenester på grunn av den stadige teknologiske utviklingen kan det være tilstrekkelig å finne en definisjon på ”handel med tjenester” i stede for at man skal finne en definisjon på tjenester. Handel med tjenester er definert i GATS art. I:2 og defineres som ytelsen av tjenester i de fire leveringsmåtene. Denne definisjonen av handel med tjenester må være slik at den dekker alle leveringsmåtene.⁵⁴

Det eneste vi finner som sier noe om uttrykket ”tjenester” er i art. I:3. Den sier hva som ikke dekkes av ”tjenester” og som sammen med det medlemsstatene er ubundet i etter bindingslistene, er de eneste unntaksreglene fra GATS avtalen. Art. I:3 sier at i denne avtale *“b) omfatter ”tjenester” enhver tjeneste i en hvilken som helst sektor, med unntak av tjenester som ytes under utøvelse av statsmyndighet. c) menes med ”tjenester som ytes under utøvelse av statsmyndighet”, enhver tjeneste som verken ytes på kommersiell basis eller i konkurranse med én eller flere tjenesteytere”* [referert fra den norske oversettelsen].

Art. I:3 har hatt stor politisk betydning i forhandlingene om GATS avtalen. Denne er av stor betydning siden den sier noe om hvilke tjenester vi kan ekskludere fra forpliktelsene av GATS -avtalen. Siden GATS ikke bruker uttrykket offentlige tjenester i avtalen, er spørsmålet om disse vil falle inn under uttrykket ”utøvelse av statsmyndighet” i GATS art. I:3. Art. I:3 er uklar i forhold til offentlige tjenester siden det er ”utøvelse av statsmyndighet” som blir brukt. Det er ikke åpenbart at offentlige tjenester automatisk faller inn under utøvelse av statsmyndighet. Noen WTO - og statlige tjenestemenn argumenterte med at de fleste offentlige tjenester ville falle utenfor rekkevidden av GATS

⁵⁴ Se Aly K. Abu-Akeel, Definition of Trade in Services under the GATS: Legal Implications, George Washington Journal of International Law and Economics 1999 s. 191.

etter art. I:3, mens en del av kritikerne mente at det ikke er tilfelle.⁵⁵ Derfor er rekkevidden av art. I:3 fortsatt usikker.

En rapport fra Canada konkluderer med at den eneste konklusjonen som kan trekkes fra de eksisterende kommentarene på hva som faller inn under art. I:3 er at det eksisterer en rekke forskjellige tolkninger. Det er heller ingen definerte skranker etter avgjørelser som har kommet fra WTOs organer.⁵⁶

Jeg vil under drøfte rekkevidden av art. I:3 i forhold til utdanningstjenester. Som sagt har utdanning tradisjonelt sett vært statens ansvar hos de forskjellige medlemslandene, og det er mange faktorer som taler for at det er en del av nasjonaliteten. Det er en stor investering for landet, og det er kultur og tradisjon som tilsier at statene er tilbakeholdne med å slippe handelen med utdanning og åpne for utenlandske aktører på markedet. Problemet med tolkningen av offentlige goder, som utdanning faller inn under GATS, er at det ikke kan defineres konkret i GATS avtalen hva som skal omfattes fordi det er så mange forskjellige medlemsland og alle tilbyr utdanning. I medlemslandene er det mange forskjellige institusjonelle og økonomiske rammer.

Det er viktig å tolke betydningen av art. I:3 for utdanning siden det gir grunnlag for å utelate tjenester fra GATS – avtalen. Jeg vil under tolke art. I:3 ved å se på uttrykkene ”utøvelse av statsmyndighet”⁵⁷ i art. I:3 (b) og ”på kommersiell basis eller i konkurranse med en eller flere tjenesteytere”⁵⁸ i art. I:3 (c). Jeg vil først tolke disse uttrykkene hver for seg men til slutt vil jeg si noe om sammenhengen siden det har betydning for forståelsen av artikkelen.

Dette er tolket grundig i både Gottlieb & Pearson: Legal Opinion, GATS Impact on Education in Canada, 2001, Markus Krajewski: National Regulation and Trade Liberalization in Services; the Legal Impact of the General Agreement on Trade in Services (GATS) on National Regulatory Autonomy, 2003 s. 68-73 og Rudolf Adlung: Public

⁵⁵ Se Markus Krajewski; National Regulation and Trade Liberalization in Services, The Legal Impact of the GATS on National Regulatory Autonomy, Kluwer Law International, 2003, s. 68.

⁵⁶ Se Rudolf Adlung; Public Services and the GATS, JIEL s. 1-31 2006, s. 8.

⁵⁷ ”exercise of governmental authority”

⁵⁸ ”on a commercial basis nor in competition with one or more service suppliers”

Services and the GATS, JIEL, s. 1-31, 2006 mf. Jeg kommer til å gi en oversikt over deres synspunkter og ut i fra det se om tilbudet av utdanning i Norge kan falle inn under dette.

4.1 Statsmyndighet.

GATS avtalen sier ikke noe om definisjonene av statsmyndighet slik det er deifinisjoner av andre uttrykk som brukes i avtalen. Det er ingen definisjon i avtalens tekst som sier hva som faller inn under dette uttrykket. Det er naturlig at uttrykket statsmyndighet etter art. I:3 b) tolkes i sammenheng med art. I:3 c) som sier at tjenester som ytes under utøvelse av statsmyndighet ikke skal ytes på kommersiell basis eller i konkurranse med andre tilbydere. Ut i fra denne formuleringen kan vi si at i handelen med tjenester er det kun utøvelse av statsmyndighet der hvor det ikke er konkurranse eller blir tilbudt i form av bedriftsvirksomhet. Definisjon på grunnlag av konkurranse og kommersialisering er ikke en vanlig måte å definere statsmyndighet på.

Den vanlige språklige forståelsen av myndighet er at noen har makt til å ta bindende beslutninger eller ha kontroll og gi kommandoer til andre. Der hvor staten utøver sin myndighet er skilt fra den delen av det offentlige som driver økonomisk aktivitet.⁵⁹ Dette er ikke tilfelle i GATS art. I:3 som baserer forståelsen av ”myndighet” på hvordan tjenesten blir tilbudt. Det vil si at man ikke kan konkludere med at en tjeneste er offentlig eller privat bare på egenskapene til tjenesten. Det vil si at vi ikke kan si at utdanning er utøvelse av statsmyndighet bare fordi det er utdanning, men etter art. I:3 (c) må vi se hvordan utdanningen blir tilbudt.

Termen ”utøvelse av statlig myndighet” sikrer at det kun er de tjenestene som tilbys av det offentlige blir unntatt reglene i GATS avtalen hvis de ikke blir tilbudt på en kommersiell basis eller i konkurranse. Denne utformingen av artikkelen⁶⁰ gjør at private tilbydere som tilbyr sine tjenester på en ikke kommersiell basis og utenfor konkurranse allikevel er dekket

⁵⁹ Markus Krajewski; National Regulation and Trade Liberalisation in Services, the Legal Impact of the general Agreement on Trade in Services (GATS) on National Regulatory Autonomy. s. 71

⁶⁰ At det er delt opp i paragraf (b) og (c) slik at det først sier at utøvelse av statsmyndighet er unntatt og deretter i (c) hva som blir omfattet av begrepet.

av GATS avtalen.⁶¹ Det er klart at gjennom bruken av den terminologien vil de sørge for at det ikke er tjenester som ikke tilbys som av private uten fortjeneste skal ha falle utenfor GATS. Hvis det var intensjonen hadde det vært nok å si at tjenester som ikke blir tilbudt på kommersiell basis eller i konkurranse med en eller flere tilbydere faller utenfor GATS. De fleste som er med i forhandlingene av GATS avtalen vil nok fortsatt si at rekkevidden av GATS etter art. I:3 ikke er helt klar enda og de vil nok si at det er artikkelen. Gir mulighet til en bred tolkning av hva som er offentlige goder. De vil nok derfor påstå at grunnskolen og videregående opplæring ligger utenfor rekkevidden av GATS.⁶² Termen ”utøvelse av statsmyndighet” sier oss ikke annet enn at det er tjenester som staten tilbyr gjennom sin myndighet, og det er klart at utdanning faller inn under dette siden det er et offentlig gode i Norge. På grunnskole og videregående nivå har det offentlige til om med plikt til å tilby alle skolegang.⁶³

Derfor må jeg først drøfte rekkevidden av termene ”kommersiell basis” og ”konkurranse” før jeg kan avgjøre om utdanningen i Norge kan unntas reglene i GATS – avtalen etter art. I:3, siden GATS definerer ”utøvelse av statsmyndighet” som tjenester som ikke ytes på kommersiell basis eller i konkurranse med en eller flere tilbydere.

4.2 Kommersiell basis og konkurranse.

Art. I:3 (c) sier at tjenesten som ytes under utøvelse av statsmyndighet er tjenester som ikke ytes på kommersiell basis eller i konkurranse med én eller flere tilbydere. Teksten i artikkelen tyder på at dette er kumulative vilkår. Bindingsordet mellom disse to termene er ”*nor*” i den engelske teksten, dette tyder på at hvis det ikke er tilbudt på kommersiell basis skal det *heller ikke* være i konkurranse med andre tilbydere.⁶⁴

⁶¹ Markus Krajewski; National Regulation and Trade Liberalization in Services, the Legal Impact of the general Agreement on Trade in Services (GATS) on National Regulatory Autonomy. s. 71-72

⁶² Pierre Sauvè ”trade, education and the GATS: What’s in what’s out, what’s all the fuss about it?” side 75-103 I Globalisation and Competition in education, Jan De Groof.

⁶³ Se Lov om grunnskolen og den videregående opplæringa (opplæringslova) 17. juli. Nr. 61. 1998 § 2-1 og § 3-1.

⁶⁴ Se Gottlieb/Pearson: GATS Impact on Education in Canada, 2001s. 10-14.

4.2.1 Kommersiell basis

Hvis vi ser på teksten i GATS er det slik at kommersiell basis skal tolkes etter vanlig forståelse og i sammenheng med formålet og betydningen av GATS.⁶⁵

Oxford English Dictionary betydning av kommersiell er at det en handling med salg eller kjøp eller at tjenester blir byttet, det er ikke nødvendig med profitt. Det kan også bety tjenester som blir tilbudt for å tjene penger.⁶⁶

Hvis den første forståelsen skulle bli tolket inn i art. I:3 var det bare de tjenestene som ble tilbudt gratis som ville falle utenfor GATS bestemmelsene. Det er klart at det ikke er slik formål og rekkevidde artikkelen har. I forhold til subsidier som fører til tilbud av tjenester til en svært lav pris ville disse tjenestene også være en form for salg eller kjøp og det ville etter denne definisjonen da klart falle inn under. Så derfor er det mulig å forstå uttrykket ”kommersiell basis ” på den andre måten som får bredere rekkevidde, nemlig at der hvor man er avskåret fra å tilby en tjeneste i dette tilfelle utdanning hvor man kan ta fortjeneste er det ikke tilbudt på kommersiell basis.⁶⁷

Hvis man ser på bruken av uttrykket kommersiell i resten av GATS avtalen er ”kommersiell tilstedeværelse” definert i GATS art. XXVIII som forretningsvirksomhet av enhver art eller yrkesvirksomhet⁶⁸ dette gir er forståelse av at kommersiell virksomhet blir basert på profitt og fortjeneste. Markus Krajewski⁶⁹ gir et eksempel der hvor staten innenfor samme sektor og område kan tilby tjenester både på kommersiell og ikke kommersiell basis. Det er medlemsland som innenfor høyere utdanning tar mer betalt av utenlandske studenter enn innenlandske studenter. Slik kryss –subsidiering av innenlandske studenter kan tolkes slik at det er å drive kommersielt i forhold til utenlandske studenter og ikke kommersielt i forhold til innenlandske studenter.

⁶⁵ Dette er slått fast i Wien konvensjonen art. 31 (1).

⁶⁶ Markus Krajewski; National Regulation and Trade Liberalization in Services, the Legal Impact of the general Agreement on Trade in Services (GATS) on National Regulatory Autonomy. Wikipedia sin gratisversjon på internet definerer også kommersiell både kan være handle som ikke er ment for å skaffe profitt, men at det også kan bety aktiviteter som er ment til å skaffe profitt.

⁶⁷ Både Krajewski og Gottlieb/Pearson konkluderer med at kommersiell i GATS betydning må være tjenester i den hensikt å tjene på tilbudet.

⁶⁸ Se art. XXVIII d)

⁶⁹ National Regulation and Trade Liberalization in Services, the Legal Impact of the general Agreement on Trade in Services (GATS) on National Regulatory Autonomy. s. 70

Etter Rudolf Adlungs mening er denne tolkningen for snever.⁷⁰ Han mener at noen av elementene i art. XXVIII om definisjoner som tilsier at rekkevidden av kommersiell er viere enn tilbud av tjenester for profitt. Både fordi man da kan stille seg spørsmålet om hvorfor ikke denne definisjonen er ført inn i avtalen, og fordi den tolkning av kommersiell som en tjeneste som driver for profitt ikke vil løse definisjonsproblemene. Det vil bare gi flere spørsmål, som for eksempel hvilke konsepter som ville bli regnet som profittsøkende, for hvilken tidsperiode skal det tas utgangspunkt i og hva med de tjenestene som ikke var ment profittsøkende som etter en tid viser seg å være det eller omvendt at profittsøkende tilbydere av tjenester går underskudd? Han mener at det må være involvert et element av økonomisk strategi for å kunne kalle det tilbud på kommersiell basis. Han mener også at man ikke kan si generelt at en tjenestetilbyder tilbyr tjenester på kommersiell basis men at denne tolkningen må baseres på de forskjellige tjenestene. Nemlig at et statlig universitet kan tilby tjenester på en ikke kommersiell basis og i tillegg tilby kurs ved siden av som de tilbyr på kommersiell basis.

Ut i fra dette mener jeg det er klart at en tjeneste som er tilbudt på kommersiell basis må i det minste være profitt søkende. Den må ha som mål å tjene penger og gå i overskudd. I forhold til utdanningen er det i Norge ikke så ofte det offentlige tilbyr utdanningstjenester for å tjene penger. Derfor er det andre kumulative vilkåret nemlig om utdanningen tilbys i konkurranse med én eller flere tilbydere som er avgjørende.

4.2.2 I konkurranse med én eller flere tilbydere.

”Konkurranse” blir vanligvis forstått med at det er en tilbyder av en tjeneste som er på samme marked som en eller flere andre tilbydere av samme tjeneste. At flere tilbydere av tjenesten ønsker noe som andre tilbydere har. Konkurranse foregår gjerne når flere tilbyr en tjeneste til samme gruppe forbrukere. Spørsmålene her er når utdanning blir tilbudt på samme marked til samme gruppe forbrukere og hvilket marked er da det relevante?

⁷⁰ Se JIEL 1-31 2006, s. 8

Både Gottlieb/Pearson og Krajewski vektlegger at det hadde vært normalt at konkurranse falt sammen med "like tjenester og tjenesteytere" etter art. II og art. XVII. Siden det ikke er brukt det samme begrepet, er det å anta at de ikke har samme rekkevidde. Gottlieb/Pearson mener derfor at de ikke trenger å være like men at de prøver å få det andre også søker. Krajewski bruker GATT art. III:2 til å sammenlikne med. GATT art. III:2 skiller mellom like produkter og produkter som er direkte konkurransedyktige og utbyttbare produkter. Vi kan argumentere med at "konkurranse" GATS art. I:3 har den samme vide tolkningen som "direkte konkurransedyktige og utbyttbare produkter".⁷¹ I Japan- Alcoholic Beverages⁷² tolker de hva som er direkte konkurransedyktige og utbyttbare, det må avgjøres fra sak til sak. Og dette blir gjort ved å se om de har samme sluttbruk som igjen kommer an på elastisiteten i hvilke tjenester som er utbyttbare. Derfor er det elastisiteten av hvilke tjenester som er utbyttbare som er kjernen i hvilke tjenester som er i konkurranse etter Krajewskis mening.⁷³

Her er det flere forskjellige meninger om hva som skal legges til grunn.

Marchetti/Mavroidis stiller seg likt med Krajewski og mener at det er elastisiteten i utbyttbarheten som er avgjørende, og bruker tolkningen i Japan – Alcoholic Beverages av direkte konkurransedyktige eller utbyttbare tjenester som støtte for tolkningen.

Mens Adlung mener at VanDuzers definisjon av konkurranse passer bedre. Den støtter seg til panelets rapport i "Mexico – Measures Affecting Telecommunications Services" og dens definisjon av konkurranse. Her er det lagt vekt på Oxford English Dictionary's definisjon hvor kjernen er at det skal være rivalisering i markedet hvor de som tilbyr samme produkter jakter på kundene. Derfor vil følgen av at det eksistere konkurranse avhenge av atferden til den enkelte tilbyder uavhengig av andre tilbydere. Det vil si at dersom et offentlig universitet ikke jakter på studenter kan det ikke sies at de er i konkurranse etter art. I:3.⁷⁴

Hvis vi ser dette samlet er det naturlig at vi ved tolkningen av hva som er i konkurranse etter art. I:3 for det første legger vekt på at det er to eller flere tilbydere som tilbyr

⁷¹ Se Krajewski op.cit s. 70

⁷² WT/DS8, WT/DS10, WT/DS11

⁷³ Se ibid s. 71

⁷⁴ Se R. Adlung: Public Services and the GATS, s. 9-11.

utdanning på samme markedet og at de er etter de samme forbrukerne, nemlig elevene. Jeg mener at det er mest riktig å legge vekt på definisjonen som Gottlieb/Pearson, Krajewski og Marchetti/Mavroidis legger frem. Jeg mener at hvis en utdanningsinstitusjon har et kurs som konkurrerer om studenter på samme linje som andre tilbydere er det i konkurranse med disse selv om de ikke aktivt jakter på studentene. Dette tilsier at de fleste typer av utdanning i Norge er i konkurranse. Det er stort sett flere tilbydere som studenter kan benytte seg av.

4.3 Konklusjon

Dette viser at "utøvelse av statsmyndighet" ikke baseres seg på tjenestenes natur som tjeneste, men det tolkes på bakgrunn av hvordan tjenesten tilbys og omstendigheten rundt dette. Det er vanlig forståelse fra medlemsstatene internt at det offentlige tilbudet av utdanning og utdanningstjenester som er tilbudt fra private tilbydere uten fortjeneste ikke faller inn under reglene i GATS, også alle de offentlige tiltakene inkludert offentlige subsidier som kan knyttes til tilbudet av slike tjenester.⁷⁵

Det er helt klart at det offentlige tilbudet av utdanning er utøvelse av statsmyndighet etter det som er vanlig forståelse av statsmyndighet. Det er også i de fleste tilfellene klart at det offentlige ikke tilbyr tjenester for profitt, selv om det er mer vanlig etter hvert at de offentlige institusjonene tilbyr tjenester som de tar godt betalt for. Dette kan være enkelte kurs som er for andre enn studenter som tar et helt program som leder til et diplom. Det er ved det siste kumulative vilkåret om at tjenesten ikke skal tilbys i konkurranse med andre som tilsier at utdanning ikke faller inn under unntaket i art. I:3. Norge har åpnet utdanningssektoren sin og gitt private skoler i alle undersektorene i utdanningssektoren tillatelse til å konkurrere på markedet sammen med de offentlige skolene. Både de offentlige og de private tilbyderne av utdanning vil da konkurrere på det samme markedet og om de samme studentene og elevene.

Det norske offentlige utdanningstilbudet faller ikke inn under rekkevidden av art. I:3 og er ikke unntatt reglen i GATS.

⁷⁵ Se Pierre Sauvé "trade, education and the GATS: What's in what's out, what's all the fuss about it?" side 76. I Globalisation and Competition in education, Jan De Groof.

5 Subsidier

5.1 Generelt

Subsidier reiser mange vanskelige spørsmål og er et uavklart tema innenfor internasjonal handel med tjenester. Det er mange land som deltar i GATS forhandlingene om tjenester, og det er mange forskjellige oppfatninger av hva som omfattes av subsidier. Som oftest er subsidier gitt til tilbydere i stede for forbrukere. Innenfor utdanning er det statsstøtte som er det mest aktuelle, men det er også en subsidiering av utdanningen at studenter mottar gunstige lån og stipender fra statens lånekasse.

I dette kapittelet skal jeg se på virkningene av GATS reglene på subsidier innenfor utdanning. Her må jeg se hva som er subsidier, regner med at statsstøtte reglene blir de som er viktige. Hva med andre typer subsidier som studenters rett til lån osv, er dette å regne som subsidier etter GATS?

Hva med de 4 forskjellige ytelsesmåtene? Er det stort sett etablering av utdanningsinstitusjoner (mode 3) som er interessante? Og eventuelt hvorfor? Det er selvfølgelig fortsatt en særpreg på utdanning at det er behov for elever og lærere og møtes ansikt til ansikt, men det er stor økning av internett baserte læringsinstitusjoner og det er derfor en stor økning innenfor mode 1.

Gjør det klart når det er snakk om hva. Hvilke GATS regler er man forpliktet til å følge innenfor utdanning og GATS der man ikke har åpnet sektoren. Svært få!!! Hva er man forpliktet til ved full binding og hvilke regler blir interessante da? Det er nasjonal behandling og reglene om subsidier og reglene om offentlige anskaffelser. Hvilken betydning får det for disse reglene at Norge har satt begrensinger i bindingslistene? Den internasjonale handelen er svært politisk. Den startet med GATT som var bygget på politiske kompromisser for å få i stand en avtale. Senere ble det WTO og GATS som også

er bygget på vage regler, den har etter hvert gjennom mange forhandlingsrunder blitt mer og mer juridisk. Derfor er det viktig å få det klart frem hvor stor rekkevidde avtalen har og hva den omfatter og kan komme til å omfatte i fremtiden.

5.2 WTO – regelverket.

Forhandlingene om subsidier har vært et vanskelig tema helt siden GATT ble opprettet, og er det fortsatt. Det er fordi regulering av subsidier utfordrer medlemsstatenes suverenitet og kjerne verdier. Dette gjelder særlig for utdanning, siden denne sektoren er viktig for landene på flere områder enn handelen med tjenester. Utdanning er en viktig investering i landets utvikling ved å øke innbyggernes kunnskapsnivå og dermed være med på å øke hele den økonomiske og kulturelle utviklingen av landet. Utdanning er også forbundet med tradisjoner, slik at de blir bevart og ført videre.

I den opprinnelig GATT 1947 -avtalen på området for subsidier var liberaliseringen og den praktiske betydningen minimal. Den begrensede effektiviteten førte til en revisjon i 1955, hvor subsidiene ble delt inn i underkategorier. Hvor eksport subsidier ble regulert strengere enn innenlandske subsidier og subsidier til industrien ble regulert strengere enn primærnæringen. Etter en deklarasjon i 1960 ble denne forskjellen styrket.

Etter Tokyo-rundens forhandlinger kom forhandlingen om subsidier sterkt opp. Det ble lagt til regler om subsidier i GATT-avtalen og reglene for utligningstoll ble strammet inn. USA var sterkt i mot dette, men andre land blant annet EU, så på USAs bruk av utligningstoll som en trussel for den internasjonale handelen. Det endte med et forslag hvor USA skulle begrense bruken av utligningstoll, og andre medlemsland skulle dempe subsidieringen sin. Dette viste seg å ikke være en tilfredsstillende løsning, USAs bruk av utligningstoll økte på begynnelsen av 1980-tallet. Men også andre faktorer gjorde at disse reglene fikk liten innvirkning på subsidie politikken i de forskjellige medlemslandene.

Dette førte til at det var behov for å intensivere arbeidet med subsidier. I Uruguay-runden var subsidier et av kjernetemaene i forhandlingene. Dette var et viktig steg i retning av liberalisering av handelen. I Uruguay-runden ble også Agreement on Subsidies and

Countervailing Measures (ASCM) forhandlet frem, men den omhandler bare handelen med varer.⁷⁶ Her ble også WTO opprettet og vi fikk GATS-avtalen som omhandler tjenestehandelen, som dermed utelukket tjeneste subsidiene fra ASCM. Dette førte til at det var mange temaer innenfor subsidier i tjeneste handelen som måtte forhandles om fremover. Dette blir diskutert i Working Party on GATS Rules, men de har enda ikke kommet frem til retningslinjer som er dekkende.⁷⁷

5.2.1 Rettslig rammeverk

I GATT-avtalen har spørsmålet om subsidier vært et tema siden avtalen ble utviklet i 1947.⁷⁸ Det er art. VI og XVI i GATT-avtalen og Agreement on Subsidies and Countervailing Measures (heretter ASCM) som regulerer subsidier i handel med varer. I GATT Art. VI regulerer antidumping og utligningstoll og har derfor ikke så stor betydning i tolkningen av tjenestereglene. Art. XVI regulerer subsidier og seksjon B går spesielt på eksport subsidier. ASCM inneholder definisjon av subsidier og regulerer hvilke subsidier som er lovlige, hvilke som kan være lovlige samt at den har regler om utligningstoll.

Innenfor GATS -avtalen er det art. XV som regulerer subsidier. Den pålegger medlemsstatene å inngå forhandlinger som skal føre til nødvendig multilaterale retningslinjer for og unngå en vridning av handelen med tjenester. Slike forhandlinger er som sagt påbegynt men det er ikke kommet til noen løsning enda, dette kan ta lang tid og det gjenstår mye arbeid. I ministererklæringen fra Hongkong møtet er det slått fast at det skal være mer fokus på subsidier i de videre forhandlingene. Spesielt arbeidet med å utarbeide en definisjon.⁷⁹ Reglene i GATS forplikter til forhandlinger som skal lede til retningslinjer om subsidier. Art. XV begrenser ikke medlemslandenes adgang til å innføre subsidier, begrenser heller ikke mulighetene til å øke subsidieringen. Den sier bare at subsidier kan føre til en vridning av handelen og at det skal forhandle frem retningslinjer

⁷⁶ Se 5.2.1

⁷⁷ Denne historiske oppsummeringen er tatt fra United Nations Conference on Trade and Development; Subsidies to Services Sectors: A Neo-Protectionist Distortion or a useful Development Tool? UNCTAD/DITC/TNCD/MISC/2003/7. Her finnes temaet mye mer utfyllende behandlet. Se også John H. Jackson; The World Trading System, Law and Policy International Economic Relations, 2nd edition 1997 s. 285 flg, og Andreas F. Lowenfeld; International Economic Law 2002 s. 201

⁷⁸ Se mer om dette i 5.2

⁷⁹ Se The Working Party on GATS Rules S/WPGR/M/54

som motvirker disse effektene. Men som jeg skal komme nærmere inn på senere kan ikke subsidier til tjeneste handelen stride mot bestevilkårsprinsippet eller nasjonal behandling. Det er andre artikler i GATS -avtalen som medlemslandene kan påberope seg for å rettferdiggjøre subsidieringen sin på en mer indirekte måte. Det kan være gjennom art. I:3 som jeg har behandlet ovenfor i kapittel 4 og art. XIII om offentlige anskaffelser som jeg vil behandle nedenfor i kapittel 7. Subsidier faller også inn under bestemmelsene om nasjonal regulering i art. VI. Dette har jeg ikke drøftet inngående, men sier litt om temaet i punkt. 5.6.

Siden GATS-avtalen er bygget på GATT-avtalen er det naturlig å bruke dette som momenter ved tolkningen og en sammenlikning, men det kan bare brukes som en av flere tolkningsmomenter. I The Working Party on GATS Rules har det vært diskusjoner om det skal tas utgangspunkt i definisjonen i ASCM ved utarbeidelse av definisjonen av subsidier i tjeneste handelen. som sagt blir dette allikevel bare tolkningsmomenter fordi det er slått fast i GATS art. XV at det skal være nye forhandlinger om retningslinjene for subsidier i GATS.

Det er GATT art. XVI og ASCM som vil være av interesse for denne tolkningen. GATT art. VI er om ”anti-dumping” og utlikningstoll (”countervailing duties”). WPGR har også diskutert bruken av forskningsrapporter og uttalelser fra ikke-statlige organisasjoner. De ville bruke dette som eksempler og inspirasjon uten at det skulle få avgjørende betydning for utarbeidelsen.⁸⁰ I tillegg bruker de reelle eksempler fra medlemslandene som skal belyse hva som finnes nå, slik at det kan lages en definisjon som er i tråd med hva medlemslandene selv mener er subsidier.⁸¹

Det er flere spørsmål som reiser seg i forbindelse med arbeidet og forhandlingene av art. XV i GATS. Jeg vil ta for meg disse sener i dette kapittelet.

- Det første spørsmålet som reiser seg er om subsidiering/statsstøtte til utdanning i det hele tatt faller inn under bestemmelsen i art. XV?

⁸⁰ Se The Working Party on GATS Rules S/WPGR/M/44

⁸¹ Ibid.

- Det andre spørsmålet blir da om subsidier er unntatt reglene om nasjonal behandling (forutsatt at det faller inn under reglene om nasjonal behandling) så lenge det ikke er ferdigbehandlet noen retningslinjer etter art. XV?
- Vil både nasjonal behandling etter art. XVII og reglene om subsidier etter art XV få betydning på samme tid?

5.2.2 Institusjonelle rammeverket

GATS art. XV som regulerer subsidier, sier i paragraf 2 at et medlem som mener at de blir uheldig berørt av et annet medlemslands subsidier, kan ta dette opp med medlemslandet og at denne forespørselen skal tas opp til overveielse. Men paragrafen spesifiserer ikke hva medlemslandet som blir forespurt må gjøre der hvor det landet som føler seg uheldig berørt kan bevise at det er uheldige effekter av subsidien. Hva som blir konsekvensene her er fortsatt uklart og det er ingen praksis på området. Det er klart at art. XV ikke har til hensikt å referere til Dispute Settlement Understanding der hvor landene ikke kommer til enighet. Derfor er ikke art. XV spesielt effektiv til å forhindre vridende effekter på handelen av subsidier.

Etter GATS art. XXIII (3) kan et medlemsland anvende DSU hvis en fordel det med rimelighet kunne forvente å få etter forpliktelsene i del III av avtalen opphevet eller svekket som av et tiltal som ikke er i strid med bestemmelsene etter avtalen. Ved for eksempel en subsidie, kan medlemslandet ta saken til Dispute Settlement Body. Siden informasjonen og regleverket rundt subsidier er såpass uklare skal det ganske mye til for at Dispute Settlement Body kommer til en subsidie faktisk kan ha vært uventet ved inngåelsen av forpliktelsene.⁸²

Det er heller ikke alltid medlemslandene vil gå til sak mot hverandre av politiske grunner selv om forpliktelsene etter GATS er brutt. Derfor kan det være et spørsmål om forpliktelsene etter GATS og den rettslige tolkningen av avtalen kan komme opp for de innenlandske domstolene. Private tilbydere av utdanning kan prøve å få sakene sine opp for

⁸² Se Marc Benitah; Subsidies, Services and Sustainable Development, ICTSD Issue paper no. 1 2004

en domstol denne veien hvis deres eget medlemsland vil fremme saken for DSU. I Norge er det ikke slik at de folkerettslige forpliktelsene automatisk skal gjelde som intern rett (et monistisk system), men det er slik at det trenger en spesiell gjennomførings akt for at det skal bli en del av den interne retten (et dualistisk system). Men det er slik i Norge at vi ikke har et totalt dualistisk system, det er slått fast i lang tid både i teori og praksis at norsk lov så vidt det er mulig skal tolkes i samsvar med de folkerettslige forpliktelsene – presumsjonsprinsippet. WTO -avtalen er ikke gjennomført i Norsk rett, men presumsjonsprinsippet gjelder på sedvanerettslig grunnlag og det innebærer at disse reglene skal så vidt det er mulig tolkes i samsvar med den norske lovgivingen ved et spørsmål for de Norske domsstolene.

5.2.3 Definisjonen av subsidier etter GATS.

I GATS -avtalen er det ingen definisjon av uttrykket subsidier. Det er dette som er en av hovedoppgavene til forhandlingene i the Working Group on GATS Rules. De har enda ikke kommet til noen konklusjon, men ministererklæringen fra Hongkong møtet uttrykker at dette skal være et hovedfokus i de fremtidige forhandlingene.⁸³ Etter uttalelsene fra the Working Party on GATS Rules som har forhandlet om subsidier og reglene siden 1996 virker det som det er lang vei igjen før man kommer til et resultat.⁸⁴ I de siste forhandlingene kommer det også fram i WPGR at medlemslandene er enige om at det er viktig å komme frem til en løsning på hva som skal være definisjonen av subsidier.⁸⁵ Problemet er at de ikke blir enige om hva som skal ha betydning ved utformingen av en definisjon. For eksempel hvilken rettslig betydning ASCM har for betydning ved utformingen av en definisjon etter GATS art. XV.

Det er flere faktorer som gjør at det er vanskeligere å komme frem til en definisjon av subsidier i handelen med tjenester enn i handelen med varer, og som er årsak til at medlemslandene ikke vil forplikte seg til en fullt så sterk grad av liberalisering som i tjenester. Dette gjelder spesielt innenfor utdanningssektoren som ikke bare er en tjeneste på markedet, men det er tradisjonelt sett i de fleste medlemslandene en offentlig tjeneste som

⁸³ Se annex C art. 4 (c) til Hongkong ministererklæringen.

⁸⁴ S/WPGR/10 30 juni 2003

⁸⁵ Se S/WPGR/55

også har verdi i form av investering i kunnskap og kulturell utvikling. Noen av disse faktorene kan være: at tjenester i motsetning til varer blir delt opp i fire ytelsesmåter, og det er andre strukturelle forskjeller på handel med varer og handel med tjenester, det er tradisjonelt sett en høyere grad av statlig innblanding i tjenester og tjenester er vanskeligere å handle med fordi det er mye mer komplekst og det er ikke en gjenstand.

Problemet med at det er fire forskjellige ytelsesmåter viser seg ved at begrensninger i en ytelsesmåte kan føre til brudd av forpliktelsene etter de andre ytelsesmåtene. Dette er fordi et handels vridende tiltak som er gjort under en ytelsesmåte hvor medlemslandet ikke har noen forpliktelser kan få betydning under andre ytelsesmåter hvor landet faktisk har forpliktelser. Dette fører til spørsmålet om likhet av tjenester og tjenestetilbydere. Hvis definisjonene av likhet går på tvers av ytelsesmåtene vil det føre til at det er en innebygd beskyttelse for utenlandske tilbydere mot nasjonal subsidiering i alle ytelsesmåtene. På den annen side hvis likhet bare knytter seg til en og en ytelsesmåte vil beskyttelsen være borte. Dette må det tas hensyn til ved forhandlingene.⁸⁶ Tilsvarende tjenester og tjenestetilbydere vil jeg komme nærmere inn på under i 6.2. ved drøftingen om subsidier innefor utdanningssektoren i Norge faller inn under reglene om nasjonal behandling.

Ved utviklingen av subsidie regelverket må det tas stilling til om retningslinjene skal gjelde alle sektorer uansett om de er forpliktet av medlemslandet eller ikke, eller om det kun skal være gjeldende innenfor de sektorene medlemslandene har forpliktet seg innenfor. Det mest naturlige er at det kun har betydning innenfor de sektorene som medlemslandene har åpnet. Under GATS reglene har hvert medlemsland full fleksibilitet i hvilke sektorer de vil forplikte seg og hva slags begrensninger de vil sette til disse, både under markedsadgang og nasjonal behandling.

Som sagt er det art. XVI i GATT – avtalen og ASCM som regulerer subsidier i handelen med varer. I ASCM art.1.1 er det gitt en definisjon av subsidier. Det har vært diskutert i Working Party on GATS Rules om ASCM art.1.1 skal være utgangspunktet også for subsidier i tjenestehandelen. Løsningen de har kommet frem til i forhandlingene er at de

⁸⁶ Se nærmere om dette i Aaditya Mattoo; National Treatment in the GATS, Corner-stone or Pandora's box? Journal of World Trade, Volum 31, 1997 nr. 1., s. 119-120.

ikke skal bruke ASCM art.1.1 som en enkel løsning og gjøre den om til også å passe inn på tjeneste subsidier og heller ikke binde seg for mye opp i den, men de skal bruke den som en veiledning i utformingen av definisjonen av tjeneste subsidier.⁸⁷ Det vil være nyttig å bruke ASCMs definisjon ved utformingen av GATS retningslinjene, men som sagt er det usikkert hvor stor betydning det vil ha spesielt fordi GATS – avtalen selv sier at det skal utformes nye regler for tjenester.

ASCM art. 1.1 definerer subsidier som finansiell støtte fra staten eller et annet offentlig organ som gir en fordel for mottaker. Ut i fra denne definisjonen kan subsidier forekomme i mange former. I utdanningssektoren kan dette selvfølgelig være direkte finansiering og statsstøtte til skolene, universiteter og høyskoler, og det kan være mer indirekte der hvor staten gir skolens elever rett til lån gjennom statens lånekasse osv..

Problemet med GATT og ASCM er som sagt at strukturen ikke er den samme for handel med varer og handel med tjenester. I varehandelen skjer handel kun gjennom handel over landegrensene. Det gjør at det lettere kan settes strengere regler på eksport subsidier i forhold til innenlandske subsidier. I GATS vil dette skille være umulig fordi handelen her skjer gjennom flere ytelsesmåter enn over landegrensene. Derfor kan innenlandske subsidier være like vridende på handelen på den internasjonale handelen som eksport subsidier i varehandelen, for eksempel der hvor det er etablert en utenlandsk utdanningsinstitusjon i Norge vil det være handels hindrende skille mellom subsidieringen i Norge på grunn av nasjonalitet. Selv om dette antagelig blir dekket av reglene av nasjonal behandling (dette kommer jeg nærmere tilbake til i 5.4) vil det allikevel være behov for å løse disse problemene på en annen måte enn ACSM for å unngå uønskede effekter i andre undersektorer og ytelsesmåter.

Et annet problem med å bruke ASCM er definisjonene av subsidier er veldig spesifikk, den omfatter ikke mer generelle subsidier som kan ha betydning og ofte er tilfelle for tjenester. Innenfor utdanningssektoren kan dette være støtte til de som legger forholdene til rette for handikappede eller støtte til institusjoner som etablerer seg i strøk der hvor det er mange på tilbud.

⁸⁷ S/WPGR/M/44

Etter diskusjoner i the Working Party on GATS Rules kom medlemslandene frem til fire viktige spørsmål for hva som kjennetegner subsidier. Det er hvem som gir subsidiene, hvem som mottar subsidiene, hvilken form subsidiene kommer i og hvilke fordeler subsidiene har for mottakere.⁸⁸

5.3 MFN -prinsippet

Bestevilkårsprinsippet i art. II sier at medlemslandet skal gi et annet medlemsland like gode vilkår som alle andre land. Dette betyr at Norge må gi et annet WTO medlem de samme subsidiene innenfor utdanningssektoren som ethvert annet land mottar.

Bestevilkårsprinsippet gjelder uansett om et land har forpliktet seg innenfor sektoren eller ikke, men den kan få liten betydning hvis landet bestemmer seg for ikke å gi støtte til noen utenlandske utdanningsinstitusjoner eller at landet har satt begrensninger til MFN art. II.

MFN – prinsippet bygger på at like tjenester og tjenesteytere ikke skal bli behandlet mindre gunstig enn andre. Like tjenester og tjenesteytere er også prinsippet som nasjonal behandling etter art. XVII bygger på. Jeg vil derfor drøfte hva som kan ansees å være like tjenester og tjenestetilbydere under.

Både MFN – prinsippet og prinsippet om nasjonal behandling er like i den utstrekning at de begge har prinsipper om ikke – diskriminering. Dette kan vi se ut i fra analysen som er gjort i EC – Bananas.⁸⁹ GATS art II gjelder også både de jure og de facto diskriminering slik som art. XVII.⁹⁰ Forskjellen er at art. XVII om nasjonal behandling bare gjelder der hvor landene har forpliktet seg innenfor en sektor, og med de begrensningene som er i bindingslistene. I tillegg har ikke – diskrimineringsprinsippet en større rekkevidde siden det ikke bare gjelder diskriminering mellom utenlandske tilbydere, men etter nasjonal behandling skal utenlandske tilbydere bli behandlet likt med innenlandske. Norge er bundet innenfor utdanningssektoren. Jeg vil derfor gå nærmere inn på og drøfte prinsippet om nasjonal behandling. Der hvor nasjonal behandling ikke får anvendelse fordi det er satt

⁸⁸ Se S/WPGR/M/44

⁸⁹ The Appellate Body behandler spørsmålet om art. II og art. XVI samlet i EC-Bananas para. 240-248.

⁹⁰ Se WT/DS27/ARB para. 5.38

forbehold til det i bindingslistene vil allikevel MFN – prinsippet gjelde mellom utenlandske tilbydere.

5.4 Nasjonal behandling og markedsadgang.

5.4.1 Nasjonal behandling og markedsadgang

Det er forskjell på hvordan faktorer som har betydning for handelen blander seg inn på markedet. Det er forskjell på det vi kaller restriksjoner på markedsadgangen og det som er innenlandske reguleringer. Både i GATT og i GATS er utgangspunktet at restriksjoner på markedsadgangen er forbudt.⁹¹ Innenlandske reguleringer er bare forbudt der de diskriminerer eller er mer handelshindrende enn nødvendig.⁹² Til tross for slike store rettslige forskjeller, er forholdet mellom markedsadgang og innenlandske reguleringer (som nasjonal behandling) uklar. Det bør ikke nødvendigvis regnes som en markedsadgangs restriksjon selv om effekten er at et tiltak berører importen av en tjeneste. Det kan føre til store konsekvenser for medlemslandenes rett til intern regulering, og få langt større konsekvenser enn det som var i tankene ved utformingen av avtalen.

Det er ikke ferdig forhandlet rundt regelverket om subsidier og hvordan GATS skal regulere dette i forhold til tjeneste handelen. Allikevel kan forholdene rundt bevilgningen av subsidier og måten de er blitt innvilget på være i strid med andre GATS regler.

Derfor blir hovedspørsmålet her om norske subsidier innenfor utdanning er i strid med reglene om markedsadgang eller reglene om nasjonal behandling. Jeg vil drøfte under om subsidier faller inn under reglene om markedsadgang eller reglene om nasjonal behandling. Jeg vil også drøfte om andre GATS regler, for eksempel art. VI om innenlandske reguleringer og art. XIII om offentlige anskaffelser, får betydning for subsidier så lenge ikke retningslinjer etter art. XV er ferdigforhandlet. Eller om de andre reglene i GATS uansett vil gjelde side om side.

⁹¹ Se art. XVI:2 for de seks forbudte markedsrestriksjonene, restriksjoner på markedsadgangen er ulovlig så lenge det ikke er satt begrensninger til medlemslandenes forpliktelser i bindingslistene.

⁹² De innenlandske reguleringene er regulert i art. VI om innenlandske reguleringer. Art. XVII om nasjonal behandling og art. XVIII om tilleggsforpliktelser.

Forutsatt at subsidier faller inn under reglene om nasjonal behandling eller markedsadgang er det et spørsmål om man kan regne subsidieringen av utdanningen som offentlige anskaffelser, og at det dermed faller inn under reglene om offentlige innkjøp etter GATS artikkel XIII. Hvis subsidiene til utdanning faller inn under reglene om offentlig innkjøp vil ikke prinsippene om bestevilkårsprinsippet, markedsadgang og nasjonal behandling få betydning.⁹³

5.4.2 Nasjonal behandling.

Reglene om nasjonal behandling i art. XVII i GATS sier at alle medlemslandene i WTO ikke skal få dårligere vilkår en det aktuelle medlemslandet gir til sine egne tjeneste tilbydere. Nasjonal behandling er ikke et generelt prinsipp etter del I i avtalen, men faller inn under del II i GATS – avtalen, som regulerer de spesielle forpliktelsene og er subjekt for bottom-up tilnærmingen hvor det er landene selv som forplikter seg innenfor hver enkelt sektor gjennom bindingslistene. I forhold til GATT har GATS prinsippet om nasjonal behandling større rekkevidde fordi det også omfatter tjenestetilbydere og ikke bare selve tjenesten. På den annen side gjelder nasjonal behandling i GATS i forhold til i GATT bare i de forpliktete sektorene og disse gir mulighet til å sette begrensninger til forpliktelsen. Når det gjelder subsidier har de fleste medlemslandene satt horisontale begrensninger på nasjonal behandling, også Norge. Disse begrensningene er skrevet ned under de horisontale begrensningene til bindingslistene. Det vil si at disse begrensningene gjelder alle sektorene som er forpliktet. Det er ingen minimums standard for hva medlemslandene kan sette av begrensninger til nasjonal behandling. Nasjonal behandling er som MFN – prinsippet et ikke-diskriminerings prinsipp. Nasjonal behandling gjelder både de jure og de facto diskriminering.⁹⁴

⁹³ Se GATS art. XIII

⁹⁴ Se EC – Bananas III, WT/DS27/AB/R paragraf 233 og Canada – Autos WT/DS139/AB/R paragraf 141.

5.4.3 Markedsadgang.

Markedsadgang art. XVI i GATS gir rett til å etablere seg på markedet til et annet av WTO medlemslandene i de sektorene hvor medlemslandet har forpliktet seg og etter de begrensningene og kravene som er satt opp i bindingslistene. Her skilles det mellom de forskjellige leveringsmåtene 1-4 som er forklart nærmere over.⁹⁵

Markedsadgang er en forutsetning for at forpliktelsene etter art. XVII om nasjonal behandling skal få betydning. Uten tilgang til markedet vil det heller ikke være noen rettigheter etter nasjonal behandling å påberope seg. Norge har imidlertid åpnet utdanningssektoren og er forpliktet etter art. XVI om markedsadgang, men med noen begrensninger, se 6.4.3.

Subsidiene som gis i Norge begrenser ikke rettighetene til å etablere seg på markedet, det ville vært annerledes hvis de som ikke mottok subsidier heller ikke ville hatt lov til å etablere seg på markedet. For grunnskoler som ikke mottar støtte gjelder opplæringslova § 1-1, videregående skoler som ikke mottar støtte må ikke følge reglene i opplæringslova. Verken opplæringslova eller friskoleloven⁹⁶ sier noen ting om at det ikke er lov og opprette videregående skoler hvis man ikke mottar tilskudd⁹⁷. Tidligere var det slik at både private grunnskoler og private videregående skoler måtte godkjennes for å starte opp.⁹⁸ Ved opprettelse av opplæringslova ble det gjort slik at de beholdt kravet til private grunnskoler uten statsstøtte om godkjenning for å sikre kvaliteten, men valgte å opphevet kravet til godkjenning av private videregående som ikke mottok statstøtte. Det var på grunn av de store mangfoldet av videregående skoler, og fordi de fryktet at mange av disse ville forøke og komme seg unna kravet om godkjenning.⁹⁹ Det som er konsekvensene er at de ikke har lov til å gjennomføre statlige godkjente eksamener, fordi det er staten som har ansvaret for gjennomføring av slike eksamener og som utformer eksamenene osv.¹⁰⁰ For høyere

⁹⁵ Se 2.4.3

⁹⁶ Lov om frittstående skoler (friskolelova) 4. juli 2003 nr. 84.

⁹⁷ Et eksempel på en videregående skole som ikke mottar tilskudd er Bjørknes privatskole. Der må elevene gå opp til eksamen som privatister.

⁹⁸ Se Grunnskoleloven 13. juni nr. 24 opphevet § 14 og lov om videregående opplæring 21. juni nr. 55 opphevet § 39.

⁹⁹ Se NOU 1995:18 pkt. 34.5.3.

¹⁰⁰ Se forskrift til opplæringslova 28. juni 1999 nr. 722. Kap. 4.

utdanning er det heller ikke subsidier som er avgjørende for adgangen til markedet. For å kunne kalle seg universitet eller høyskole må institusjonen være akkreditert.¹⁰¹ Det er NOKUT som gir akkreditering, det er også NOKUT som gir godkjenning til institusjoner som ikke faller inn under universitetsloven.¹⁰² Dermed er det ikke hvem som får statsstøtte som avgjør tilgangen til markedet, det er i stede basert på kvalitet. Allikevel har ikke private utdanningsinstitusjoner som er akkreditert av NOKUT noe rettskrav på tilskudd, det er basert på søknaden.¹⁰³ Norge har delt opp bindingslistene sine i utdanningstjenester som leder til statlig godkjente eksamener og/eller grader, og utdanningstjenester som ikke leder til det.

Derfor vil ikke reglene om markeds adgang ha så stor betydning ved tolkningen av subsidier i utdanningssektoren.

5.4.4 Forholdet mellom markedsadgang og nasjonal behandling.

Som sagt ovenfor vil subsidier heller falle inn under reglene om nasjonal behandling enn markedsadgang. Jeg skal drøfte nærmere under om Norske subsidier faller inn under reglene om nasjonal behandling.

Forholdet mellom markedsadgang og nasjonal behandling er ikke klart. I noen tilfeller kan det også være uklart om tiltakene faller inn under markedsadgang art. XVI eller nasjonal behandling art. XVII. Hvis det faller inn under begge, er det spørsmål om hvilken av de to bestemmelsene som får anvendelse.

Det er et vanskelig spørsmål som ingen av bestemmelsene selv sier noe om. Eneste stedet i avtalen vi finner noe om forholdet mellom de to artiklene er i GATS art. XX:2 som regulerer bindingslistene og som sier at tiltak som vedrører både art. XVI og XVII skal føres inn i kolonnen for markedsadgang art. XVI og i så tilfelle får denne innføringen også betydning for art. XVII. Ut i fra dette kan vi i alle fall fastslå at tiltak kan falle inn under begge bestemmelsene. Problemene ved at det omfattes av begge er der hvor forpliktelsene på markedsadgangen og nasjonal behandling er forskjellige. Siden man forplikter og

¹⁰¹ Se lov om universiteter og høyskoler (universitetsloven) 1. april nr. 15 §7-2 (2)

¹⁰² Se universitetsloven § 2-1.

¹⁰³ Se Ot.prp nr. 79 (2003-2004) og bemerkninger til § 8-3 i forslaget.

begrenser seg for markedsadgang og nasjonal behandling hver for seg vil det ha betydning for hvilke av bestemmelsene som skal gjelde. Et eksempel hvor det kan få betydning er der hvor landene er ubundet under markedsadgang, men forpliktet under nasjonal behandling. Hvis medlemslandet da innfører tiltak på markedsadgangen som er diskriminerende som også griper inn i den nasjonale behandlingen vil det få konsekvenser for de tjenestene eller tjenestetilbyderne som blir berørt. Det vil være avgjørende om reglene for markedsadgang som da vil tillate diskriminerende tiltak eller om det er reglene om nasjonal behandling hvor da disse tiltakene vil stride i mot landets forpliktelser og ikke være lovlig vil få anvendelse.

Dette problemet er lite realistisk og vil sannsynlig ikke oppstå i forbindelse med subsidier og utdanningssektoren. Derfor vil jeg ikke drøfte det nærmere her.

5.5 Offentlige anskaffelser

Offentlige anskaffelser er regulert i GATS art. XIII. Denne bestemmelsen sier at bestevilkårsprinsippet art. II, markedsadgang art. XVI og nasjonal behandling art. XVII ikke vil få betydning for offentlig anskaffelser. Jeg vil drøfte under i kapittel 7 om subsidiering av utdanning kan sees på som en offentlig anskaffelse. Det er spørsmål om vi kan tolke det slik at subsidieringen kan være anskaffelser av det offentlige til et offentlig formål.

5.6 Innenlandske reguleringer

I tillegg til å bli regulert av nasjonal behandling art. XVII og offentlige anskaffelser art. XIII vil medlemslandenes subsidiering kunne falle inn under art. VI om innenlandske reguleringer og art. XVIII om tilleggsforpliktelser. Der hvor subsidiene ikke faller inn under art. XVII eller art. XIII kan vi drøfte om art. VI vil få betydning. Jeg drøfter ikke nærmere art. XVIII om tilleggsforpliktelser. Tilleggsforpliktelsene etter art. XVIII skal forhandles frem og føres inn i medlemslandenes bindingslister, Norge har ikke slike forpliktelser. Verken horisontalt under subsidier eller i utdanningssektoren.

GATS artikkel VI har en nøkkelrolle i prosessen med og åpne tjeneste markedet, og kan sammen med artikkel XVI og XVII sees på som viktige virkemidler for å effektivisere adgangen til markedet. Den er plassert i del II av avtalen. Denne delen av avtalen gir bestemmelser om generelle forpliktelser og ordninger. Det vil si at det som er traktatfestet i del II i GATS -avtalen gjelder for alle medlemmene av WTO, uansett om de har forpliktet seg innenfor noen av sektorene under GATS -avtalen eller ikke. Allikevel er det uttrykt eksplisitt i art. VI paragraf 1,3,5 og 6 at disse kun gjelder de sektorene der hvor medlemslandene har forpliktet seg. Artikkel VI søker å gjøre de innenlandske reguleringene mer gjennomsiktig og åpen prosess ved utforming, administrasjon og implementering av innenlandske reguleringer.

Artikkel XVI dekker alle kvantitative restriksjoner som har en innvirkning på handelen med tjenester, og artikkel XVII tar for seg diskriminering av utenlandske tjenestetilbydere og tjenester. Målet med artikkel VI er å fange opp de reglene i innenlandsk reguleringer som er en mer skjult hindring for tjeneste handelen.

Art. VI:1-3 regulerer åpenheten og kravene til administrasjon av tiltak. Art. VI:4 slår fast at det skal utformes nødvendig retningslinjer.¹⁰⁴ Før det foreligger retningslinjer for utdanningssektoren vil det være art. VI:5 som regulerer den innenlandske reguleringen slik at den ikke utgjøre unødvendige handelsbarrierer. Kravene etter art. VI:5 (i) kunne været en virkningsfull bestemmelse, men (ii) tar vekk mye av den reelle virkningen.¹⁰⁵

Denne bestemmelsen kan få virkning for den innenlandske reguleringen av subsidier til utdanning. Det stiller mange interessante spørsmål, men jeg vil ikke ta for meg disse her.

¹⁰⁴ Dette er ikke gjort for utdanning enda.

¹⁰⁵ Se Mattoo: National Treatment in GATS, Corner-Stone or Pandora's Box? s. 129-130.

6 Nasjonal behandling

Nasjonal behandling etter art. XVII i GATS gjelder alle sektorene hvor medlemslandene har forpliktet seg. Innholdet av ikke – diskrimineringsprinsippet er at ethvert annet medlems like tjenester og tjenestetilbydere skal få en ikke mindre gunstig behandlingen når det gjelder tiltak som berører ytelsen av tjenester som de gir sine egne.

Det er klart at subsidier slik vi forstår det vil berører ytelsen av tjenester. Den mest åpenbare formen for subsidier innenfor utdanningssektoren er offentlig støtte til driften av utdanningsinstitusjoner. Men vi kan også se på det som subsidiering at elevene/studentene mottar stipend og lån fra lånekassen som er en statlig institusjon. Begge deler gir naturlig en fordel på markedet får tjenesten og tjenesteyteren.

Alle subsidier som gis til nasjonale tjenester eller tjenestetilbydere må derfor også gis til andre WTO medlemsland som opererer på landets territorium. Dette gjelder kun ved full binding i bindingslistene under utdanningssektoren. De fleste, også Norge, har satt begrensninger under til nasjonal behandling som gjelder horisontalt på subsidier. Det vil si at Norge har begrensninger i alle sektorer for subsidier.¹⁰⁶ Det er både de jure og de facto diskriminering (direkte og indirekte diskriminering) som faller inn under art. XVII, dette kommer frem av art XVII:2¹⁰⁷

Rettslige spørsmål som jeg vil drøfte under er blant annet hva ligger i det grunnleggende kravet til nasjonal behandling, at det skal være tilsvarende tjenester. Hva er tilsvarende tjenester innenfor utdanningssektoren? Kravet til nasjonal behandling er at tjenester ikke skal behandles mindre gunstig enn konkurrentene på markedet. Så jeg vil drøfte hva som ligger i behandling som ikke er mindre gunstig. Jeg vil også se på om statsstøtte til skoler er dekket av nasjonal behandling. Et naturlig spørsmål etter dette er om statens tilbud av utdanning faller inn under kravet om nasjonal behandling. Kan statens egen drift av skoler sees på som subsidiering?

¹⁰⁶ Se Norges bindingslister på www.wto.org

¹⁰⁷ Se Aaditya Matto; National Treatment in the GATS, Corner-Stone or Pandora's Box?, Journal of World Trade volum 31, 1997 nr.1, s.110.

6.1 Rekkevidden av regelen om nasjonal behandling.

Hovedregelen om nasjonal behandling er slått fast i GATS art. XVII:1. Og lyder som følger:

”In the sectors inscribed in its Schedule, and subject to any conditions and qualifications set out therein, each Member shall accord to services and service suppliers of any other Member, in respect of all measures affecting the supply of services, treatment no less favourable than that it accords to its own like services and service suppliers.”

Paragraf 2 i artikkelen sier at man kan møte kravet i paragraf 1 ved å behandle andre medlemslands tilsvarende tjenester og tjeneste tilbydere like gunstig som sine egne, enten ved å gi de akkurat den samme behandlingen eller ved en annen type behandling.

Paragraf 3 i artikkelen setter opp testen for hva som kan sies å være ”less favourable treatment”. Ved mindre gunstig behandling vil konkurranse forholdene være bedre for innenlandske tjenester og tjenestetilbydere enn de utenlandske.

Art. XVII har en bred rekkevidde, den omfatter alle tiltak som påvirker tilbudet av tjenester. Ved at art. XVII sier ”alle tiltak”, vil alle tiltak som faller inn under GATS avtalen også falle inn under reglene om nasjonal behandling. ”Tiltak” i GATS avtalen er definert i art. XXVII a), og det omfatter tiltak som treffes i form av lov, forskrift, regel, framgangsmåte, vedtak, administrativ avgjørelse eller i hvilken som helst annen form.

Tilbudet av tjenester viser også til en bred rekkevidde siden det ikke bare viser til selve handelen av tjenester men også produksjon, distribusjon, markedsføring og levering.¹⁰⁸

Art. XVII er bygget opp som en ikke-diskriminerings regel. Den er bygget opp slik at man sammenlikner innenlandske og utenlandske tjenester og tjenestetilbydere. Basen for å sammenlikne de er likheten av tjenestene og tjenestetilbyderne. Standeren etter nasjonal behandling er at de skal bli behandlet ikke mindre fordelaktig, art. XVII sier ikke at det er et krav om lik behandling. Så hovedspørsmålene jeg vil drøfte under er når utdanningstjenester og tjenestetilbydere er tilsvarende og hvilken behandling som ikke er mindre fordelaktig.

¹⁰⁸ Se art. XXVIII b).

6.2 Tolkning av uttrykket "tilsvarende tjenester og tjenestetilbydere" i GATS.

Det grunnleggende kravet til nasjonal behandling er at tjenestene og tjenesteyterne som skal behandles etter dette prinsippet skal være tilsvarende. GATS art. XVII refererer til tilsvarende tjenester og tjenestetilbydere og ikke til direkte konkurrerende eller erstattelig, dette er forskjellig fra GATT art. III:2 men likt som GATT art. III:4. Skal GATS art. XVII ha like stor rekkevidde som GATT er det klart at "tilsvarende" i art. XVII vil bli tolket utvidende til også å omfatte tjenester som er direkte konkurrerende eller erstattelig.¹⁰⁹

Siden likheten av tjenester og tjenestetilbydere er basen for prinsippet om nasjonal behandling er det viktig å tolke rekkevidden av dette og å finne ut hvilke utdanning og skoler som er tilsvarende etter GATS art. XVI i Norge.

Vi kan bruke GATT og tolkningsmomentene som blir brukt for å avgjøre likhet innenfor varehandelen som retningslinjer ved tolkning av GATS. Det er allikevel nødvendig å avvike fra tolkningen av GATT for å komme til en nødvendig fornuftig økonomisk tolkning, fordi det er såpass stor forskjell mellom handelen med tjenester og handelen med varer. I forhold til GATT art. III som bare retter seg mot likeheten av selve produktet (tjenesten i GATS), retter GATS art. XVII seg også mot produsentene (tjenestetilbyderen).

I EC-Asbestos uttaler The Appellate Body at i tolkningen av hva som er "tilsvarende" etter GATT skal utgangspunktet være den ordinære forståelsen av ordet og de siterer fra New Shorter Oxford English Dictionary,¹¹⁰ etter dette skal vi legge vekt på karakteristikken av tjenestene og tjenestetilbyderne. Dette er utgangspunktet, men det hjelper oss ikke med å slå fast hvilke karakteristikk vi skal legge vekt på i handelen med tjenester. The Appellate Body slår også fast i EC-Asbestos at WTO forplikter medlemslandene til å sørge for likhet av konkurranse vilkårene for importerte varer i forhold til innenlandske varer.¹¹¹ I EC-Bananas sier Panelet at GATS art. XVII stammer fra GATT art. III, og sier at panelet har vært konsekvent i saker angående GATT art. III til å legge vekt på at konkurranseforholdene her skal være like for innenlandske og utenlandske tilbydere av varer. Derfor mener de at også i forhold til GATS må art. XVII tolkes slik at konkurranse

¹⁰⁹ Dette kommer frem av EC – Bananas WT/DS27 Panelrapporten para. 7.302

¹¹⁰ Se WT/DS/135/AB/R para. 90

¹¹¹ Se ibid para. 97.

vilkårene for tilsvarende tjenester og tjenesteytere skal være de samme. Dette blir bekreftet av The Appellate Body.¹¹²

6.2.1 Vanlig forståelse av teksten.

I EC – Asbestos¹¹³ står det at den vanlige forståelsen av termen ”tilsvarende” er at en ting har de samme karakteristikene og kvalitetene som noe annet. Dette betyr at produkter som er like som andre produkter har en rekke like karakteristikk eller kvaliteter. De refererer også til ”similar” som er et synonym til ”like” og som også reflekterer den spanske og franske versjonene av GATT som er offisielle versjoner på lik linje som engelsk.¹¹⁴ De poengterer også at en ordboks forståelse av et ord ikke nødvendigvis gir løsningen men det forlater mange av tolkningsspørsmålene åpne. Dette gjør at vi må tolke hvilke kvaliteter og karakteristikk ved tjenesten og tjenesteyteren som skal være relevante i forhold til GATS art. XVII.

6.2.2 Karakteristikken av tjenesten og tjenestetilbyderen.

I GATT legges det vekt på karakteristikk som produktets sluttbruk, forbrukernes smak og vaner og produktets egenskaper, natur og kvalitet.¹¹⁵ Det er klart at fysiske karakteristikken er irrelevante ved tolkning av tjenester og tjenestetilbyderes likhet.

Produktets sluttbruk er en bra måte å sammenlikne tjenester og tjenesteytere på. Dette gjelder også innenfor utdanningssektoren, der hvor vitnemål og karakterer utgjør en stor del av utdanningen. Det er beviset som utstedes for gjennomført utdanning ved den enkelte utdanningsinstitusjon, og det er dermed noe håndfast som kan sammenliknes. Ved utdanning på grunnskolenivå og videregående utdanning sier ikke vitnemålet ditt noe om kun det faglige men også hvor mye fravær du har og hvilke oppførsel du har hatt gjennom studie tiden, det kan være et spørsmål om utdanningsinstitusjoner ikke bare skal undervise i faglig kunnskap, men også forbrede elever og studenter til arbeidslivet og det sosiale som kreves. Dette spørsmålet vil jeg si er irrelevant i forhold til likeheten mellom tjenestene, og

¹¹² Se EC-Bananas WT/DS27, panel rapporten para. 7.302 og rapporten fra The Appellate Body para. 244 og 246.

¹¹³ Se WT/DS/135/AB/R para. 90

¹¹⁴ Ibid. para 91

¹¹⁵ Disse er utviklet av Working Group on Border Tax Adjustments BISD 18S/97

er mer interessant i et spørsmål om utdanning kun skal være en offentlig oppgave og dermed falle inn under det som er offentlige tjenester.¹¹⁶

Sluttbruken retter seg direkte mot konseptet om direkte konkurrerende og erstattelig med hverandre. Det er på bakgrunn av sluttbruken forbrukerne ser på tjenestene som erstatning for hverandre og om de blir brukt til samme formål. Dette krever at det er minst to som tilbyr tjenesten på markedet og som er i et generelt konkurrerende miljø. Der hvor det ikke er slike forhold kan det bli vanskelig å avgjøre likheten av tjenestene på bakgrunn av sluttbruk og forbrukernes vaner.¹¹⁷ Så vidt jeg kan se er det i Norge flere tilbydere innenfor alle undersektorene og innenfor de tradisjonelle typene av utdanning. Det er i tilfeller der en utdanningsinstitusjon har spesialisert seg på et snevert felt det kan oppstå at det ikke finnes flere muligheter for å utdanne seg innefor noe som gir den samme sluttbruken. Men deler man de forskjellige sektorene igjen og sier at alle innenfor hver enkelt sektor ikke nødvendigvis er like må det drøftes i hvert enkelt tilfelle om det er andre tilbydere som konkurrerer med en lik tjeneste.

I GATT brukes også tariff klassifisering som et moment i tolkningen av hvilke varer som er like. Derfor er det blitt foreslått at WTO Secretariat's Classification of Services¹¹⁸ eller United Nations Central Product Classification (CPC) som sekretariatets klassifisering bygger på kan bli brukt til å bestemme likheten av tjenester. Men det er mange momenter både for og i mot at disse kan brukes på samme måte som tariff klassifiseringen i GATT.

For det første må man finne ut hvilken av disse klassifiseringslistene som er den beste å bruke. Innenfor utdanning har CPC undersektorene primary education, secondary education, higher education og other education and training i WTO Secretariat's Classification of Services har de same undersektorene men de har i tillegg en som heter adult education. Derfor vil det ikke utgjøre noe stor forskjell hvilke av klassifiseringslistene vi legger til grunn. Jeg vil uansett ikke ta for meg adult education og other education i denne avhandlingen.

¹¹⁶ Jeg har tidligere kommet frem til at det i Norge er klart at selv om det er statens ansvar med utdanningsinstitusjoner har de likevel åpnet for konkurranse.

¹¹⁷ Se Markus Krajewski National Regulation and Trade Liberalization in Services; The Legal Impact of the General Agreement on Trade in Services (GATS) on National Regulatory Autonomy. 2003 s. 100.

¹¹⁸ MTN.GNS/W/120

Det som taler mot at man kan bruke disse klassifiseringene er for det første at det ikke er like velutviklet som Harmonized System Classification¹¹⁹ som er grunnlage for bindingen av tariff regler i GATT. For det andre CPC er utviklet av FN til statistiske formål og er derfor ikke nødvendigvis basert på det konkurrerende aspektet mellom tjenester og innvirker heller ikke på konkurransen mellom tjenestene slik tariff klassifiseringene gjør. For det tredje er verken WTOs klassifisering eller CPC bindende for medlemmene. Det vil si at det kun er retningslinjer som medlemslandene kan velge å bruke hvis de vil. Det er mange av landene som bruker disse, men noen bruker mer detaljerte undersektorer mens andre har færre som heller omfatter mer per sektor. I tillegg er det forskjell fra sektor til sektor hva de inneholder. Det som nok er det største problemet er at WTOs klassifiseringslister og CPC ikke er identiske og at WTOs liste er et samlet system som har flere enn en sektor fra CPC i sine sektorer. Da vil naturligvis spørsmålet om hvilken av disse klassifiseringene en skal legge til grunn.

Allikevel er det noen momenter som taler for at de kan brukes. Det er mange av medlemslandene som bruker klassifiseringen i sine bindingslister selv om klassifiseringen ikke er bindende for medlemmene, og den kan derfor kanskje sees på som om den er allment akseptert av medlemslandene og de har akseptert det i forhandlinger.¹²⁰ Vi kan også lede ut av noe praksis fra The Dispute Settlement Body at de baserer seg på en slik tolkning.¹²¹ Både Mattoo og Krajewski er skeptiske til hvor mye betydning disse klassifiseringslistene kan få ved tolkning av like tjenester etter art. XVII på grunn av uklarheten mellom WTOs liste og CPC og at en del av medlemslandene avviker fra klassifiseringen. De mener allikevel at listene kan brukes til å utelukke likhet. Der hvor to tjenester klart faller i to forskjellige sektorer kan man slå fast at det ikke er like tjenester. Faller to tjenester inn under samme sektor er det derimot ikke dermed sagt at de er like.

¹¹⁹ International Convention on the Harmonized Commodity Description and Coding System, Brussel 14. juni 1983.

¹²⁰ Både Aaditya Mattoo; National Treatment in the GATS., Corner-Stone or Pandora's Box? Og Markus Krajewski; National Regulation and Trade Liberalization in Services, The legal Impact of the General Agreement on Trade in Services (GATS) on National Regulatory Autonomy, behandler dette temaet grundig.

¹²¹ Se EC-Bananas WT/DS27 panel rapporten. 7.287 -7.293.

Dette er fordi det, som sagt, tidligere er en liste som er veldig samlet og hver sektor kan omfatte mange tjenester. Det kan på det meste bare indikere en antakelse av at de er like.

Norge har brukt WTOs klassifiseringsliste ved utformingen av bindingslistene i utdanningssektoren. Allikevel har Norge gjort noen endringer. De har utelatt undersektoren som heter other educational service, i tillegg har de delt sektoren opp i utdanning som leder til eksamener eller grader som er godkjente av staten og de som ikke er det.

I Norge mener jeg at ved en tolkning av hvilke typer utdanning og utdanningsinstitusjon som er like vil vekten av disse klassifiseringslistene ha forskjellig vekt fra sak til sak. Et eksempel på at innholdet i de forskjellige undersektorene varierer kan vi se ved å sammenlikne grunnskole og høyere utdanning. På grunnskole nivå er alle skoler som tilbyr disse, regulert under opplæringslova eller under friskolelova, uansett om det er offentlige skoler, eller private skoler som mottar eller ikke mottar subsidier. Det er strenge krav til innhold og kvalitet og alle som er ferdig på grunnskolen har akkurat de samme kvalifikasjonene. Innenfor høyere utdanning er det en helt annen rekkevidde av tilbudte studier. De varierer i lengde, kvalifikasjoner og ikke minst sluttbruk. Her er det ikke sikkert at selv om en utdanningsinstitusjon faller inn under undersektoren høyere utdanning at det nødvendigvis kan likestilles med andre som er i denne undersektoren. Jeg vil komme nærmere inn på hva som er tilsvarende tjenester og tjenestetilbydere i Norge under 6.2.4.

Art. XVII setter ikke bare tjenestene som basen for sammenlikning av hva som er ikke mindre gunstig behandling, men også tjenestetilbyderne. Tilsvarende tjenestetilbydere er tatt med i art. XVII om nasjonal behandling i GATS avtalen i motsetning til reglene om nasjonal behandling i GATT-avtalen hvor det kun sees på likheten av varene. Grunnen til at begrepet ble utvidet til og også å omfatte tjenestetilbydere i GATS avtalen er at i mange av medlemslandenes interne lovgiving retter seg mot tjenestetilbyderne og ikke til selve tjeneste.¹²² Tjenestetilbyderne vil også ofte være en naturlig del av avtalen, i tillegg til at tjenesten og tjenestetilbyderen ofte er mye mer knyttet til hverandre innenfor

¹²² Se Markus Krajewski "National Regulation and Trade Liberalization in Services: The Legal Impact of the General Agreement on Trade in Services (GATS) on National Regulatory Autonomy, 2003, s. 103.

tjenestehandelen enn i varehandelen. I EC-Bananas¹²³ kom spørsmålet om hva begrepet tjenesteytere skulle omfatte. Et spørsmål som dukker opp i denne forbindelse er om både tjenesten og tjenestetilbyderen må være tilsvarende eller om det holder at en av dem er like? Dette vil jeg drøfte nærmere under.

Et spørsmål som var oppe i EC – Bananas, var om en uavhengig del av et stort selskap skal sees på som tjenesteyteren spesielt der hvor selskapets forskjellige deler tilbyr forskjellige tjenester og en av tjenestene er selskapets hovedgeskjeft mens de andre er underordnede tilbud. Dette vil vanligvis ikke være et tilfelle som oppstår innen utdanning siden utdanningsinstitusjoner tilbyr utdanning og tilbyr ikke andre typer tjenester. Da kom også spørsmålet opp om det er tjenestetilbydere som *faktisk* tilbyr tjenesten som kan ansees som tilsvarende eller om også tjenesteytere som har muligheten og er potensielle tilbydere skal tolkes inn i hva som omfattes av tilsvarende tjenesteytere. Panelet kom frem til at også potensielle tilbydere skulle regnes med som tilsvarende tjenestetilbydere siden art. XVII retter seg mot forholdene for konkurranse.¹²⁴ Dette stemmer ikke overens med GATS definisjon av tjenestetilbydere etter art. XXVIII g) og j), som sier at en tjenesteyter er en person som yter tjenesten. Markus Krajewski¹²⁵ mener at panelet her har lagt vekt på formålet med art. XVII, men at det hadde skapt bedre konformitet med GATS tekst at panelet hadde latt slike tjenestetilbydere holdes utenfor rekkevidden av art. XVII. Panel Rapporten i EC-bananas kommer også til at der hvor de forskjellige tjenesteyterne tilbyr tilsvarende tjenester da er de også like tjenestetilbydere.¹²⁶ Denne uttalelsen har fått bred kritikk i litteraturen¹²⁷ grunnen er at ved utelukkende å legge vekt på tjenesten som tilbys kan det få store konsekvenser for den innenlandske reguleringen i mange av medlemslandene, og at panelets snevre tolkning av termen kan føre til det helt motsatte. Nemlig at alle potensielle eller faktiske tilbydere og som er engasjert i tilvirkningen kan

¹²³ WT/DS/27/R

¹²⁴ EC-Bananas WT/DS27 panelets rapport para. 7.320, noe The Appellate Body støttet se rapporten para. 227-228.

¹²⁵ Se Markus Krajewski "National Regulation and Trade Liberalization in Services: The Legal Impact of the General Agreement on Trade in Services (GATS) on National Regulatory Autonomy, 2003, s. 103-105

¹²⁶ Se WT/DS27/R para. 7.322

¹²⁷ Se Markus Krajewski "National Regulation and Trade Liberalization in Services: The Legal Impact of the General Agreement on Trade in Services (GATS) on National Regulatory Autonomy, 2003, s. 103-105

påberope seg nasjonal behandling. Dette gjør det enda vanskeligere å klargjøre rekkevidden av termen ”tilsvarende tjenester og tjenesteytere”.

Et spørsmål som er spesielt for GATS -avtalen som vi ikke kan sammenlikne med GATT er hva slags forhold det er mellom like tjenester og like tjenesteytere i art. XVII. En overfladisk lesing av teksten i art. XVII hvor det står ”like services *and* service suppliers” [min utheving] tyder på at det skal legges vekt på både at tjenestene og tjenesteyterne skal være tilsvarende, og at det er kumulative vilkår. Men den forståelsen av art. XVII kan ikke være ment slik. Kumulative vilkår kan føre til mange uønskede resultater, ved at gyldig forskjellsbehandling av f. eks tjenesteytere kan bli ugyldig ved at de tilbyr samme tjeneste. Jeg mener derfor at det er mer naturlig at man i hvert enkelt tilfelle må tolke om tiltaket, i sammenheng med denne oppgaven subsidier, retter seg mot selve tjenesten eller mot tjenesteyteren. Slik at den reelle tolkningen av hva som er likt står i sammenheng med det tiltaket som påstås å være i strid med ikke – diskrimineringsprinsippet i art. XVII.

Det må legges flere faktorer til grunn enn bare tjenesten ved tolkningen av om tjenestetilbydere er tilsvarende. I EC-Bananas ble det ikke lagt vekt på andre faktorer. Marcus Krajewski mener egenskaper som karakteriserer tjeneste tilbydere skal være med som tolkningsmomenter. Noen av faktorer som kan tas med i betraktningen er størrelse, hva slags rettslig stiftelse det er og hvordan de forskjellige landene skiller mellom tjenestetilbydere gjennom reguleringer og subsidier. Grunnen til at EC – Bananas er så viktig i tolkningen av ”tilsvarende tjenester og tjenesteytere” er at det er den eneste avgjørelsen vi har i WTO om tilsvarende tjenester og tjenesteytere.

Konklusjonen min på om både tjenesten og tjenesteyteren må være lik for at det skal falle inn under bestemmelsene om nasjonal behandling er at det i hvert enkelt tilfelle må avgjøres om subsidien retter seg mot utdanningen som tjeneste eller utdanningsinstitusjonen. Det er ikke nødvendig at både utdanningen og utdanningsinstitusjonene er tilsvarende, men det er den delen som subsidien har betydning for som må være like.

6.2.3 Gjelder prisnippet om nasjonal behandling på tvers av ytelsesmåtene, kan tjenester og tjenesteytere være like på tvers av ytelsesmåtene?

Art. XVII om nasjonal behandling sier ingen ting om tjenester og tjenesteytere kan være like på tvers av ytelsesmåtene. Den sier bare at nasjonal behandling gjelder innenfor de sektorene som medlemslandene har forpliktet seg, og sier ingen ting om at vi skal ta hensyn til ytelsesmåtene ved tolkningen av hvilke tjenester og tjenesteytere som er tilsvarende. Vi kan derfor ikke ta teksten som utgangspunkt. Det kan bety at tjenester kan være tilsvarende på tvers av ytelsesmåtene, siden det ikke er spesifisert. Hvis vi ser på andre bestemmelser i GATS referer f. eks art. XVI om markedsadgang til ytelsesmåtene, dette kan tyde på at det ville vært uttrykt i art. XVII om det var meningen at vi skulle skille mellom de forskjellige ytelsesmåtene.

Det som taler for at tjenester kan være like på tvers av ytelsesmåtene er at panelet i Canada – *Certain Measures Affecting the Automotive Industry*¹²⁸ sier at det kan være en mulighet for at tjenester kan være like på tvers av ytelsesmåtene. The Appellate Body tar ikke dette opp i sin vurdering av saken. Mattoo¹²⁹ mener at det er nødvendig å få klargjort dette spørsmålet. Han mener at tjenester burde kunne være like på tvers av ytelsesmåtene, men han aksepterer at når forpliktesene blir tatt på grunnlag av de forskjellige ytelsesmåtene vil det medføre en fragmentering av nasjonal behandling som ikke er forutsigelig etter teksten i avtalen.

Allikevel sier strukturen på bindingslistene at nasjonal behandling for hvert enkelt medlemsland er forpliktet etter de forskjellige ytelsesmåtene, og at tjenester som leveres i forskjellige ytelsesmåter ikke er like tjenester. Det er i bindingslistene medlemslandene forplikter seg til nasjonal behandling, og de kan velge å forplikte seg innenfor en ytelsesmåte og ikke i andre. De kan også velge å sette forpliktelser til nasjonal behandling i

¹²⁸ WT/DS/139R para. 10.307

¹²⁹ Aaditya Mattoo; *National Treatment in the GATS., Corner-Stone or Pandora's Box?*, s. 121

noen av ytelsesmåtene. I art. XVI blir de fire ytelsesmåtene nevnt og det er her helt klart lov til å diskriminere mellom ytelsesmåtene.

På lik linje med markedsadgang som eksplisitt nevner ytelsesmåtene i teksten til art. XVI, blir nasjonal behandling på samme måte etter art. XVI regulert i bindingslistene under hver enkelt ytelsesmåte. Det er ingen forskjell i utformingen av bindingslistene for markedsadgang og nasjonal behandling.

Spesielt ved subsidier ville det fått en vidtrekkende konsekvens for medlemslandene om prinsippet om nasjonal behandling skulle gjelde på tvers av ytelsesmåtene. Det vil si at hvis en utdanning som er regnet som tilsvarende blir tilbudt gjennom forskjellige ytelsesmåter for eksempel at det blir tilbud både gjennom kommersiell tilstedeværelse (ytelsesmåte 3) og gjennom ytelse over landegrensene for eksempel gjennom internettbasert læring (ytelsesmåte 1) ville begge parter ha krav på nasjonal behandling så lenge tjenesten er tilsvarende og det er gitt subsidier som retter seg mot denne. Det ville ført til at alle medlemslandene som tilbød en tjeneste i et annet medlemsland ville være beskyttet mot nasjonal subsidiering i alle ytelsesmåtene. I EC-Bananas¹³⁰ sier ikke panelet eksplisitt at ytelsesmåtene er et krav ved tolkningen av tilsvarende tjenester, men de tar det som et utgangspunkt at tjenestene faller inn under samme ytelsesmåte. Dette er et problem der medlemslandet har satt forskjellige begrensninger i de forskjellige leveringsmåtene og som eksplisitt vil ha retten til å diskriminere etter hvilke ytelsesmåte tjenesten blir tilbudt.

Krajewski¹³¹ mener at tjenester og tjenesteytere ikke kan være like på tvers av ytelsesmåtene. Han legger vekt på sluttbrukerne og at disse er forskjellige fra ytelsesmåte til ytelsesmåte. Konkurransforholdet mellom tjenester som blir levert i forskjellige ytelsesmåter er derfor ikke det samme. Skulle tjenestene og tjenesteyterne vært like på tvers av ytelsesmåtene ville ikke binding av nasjonal behandling etter ytelsesmåter vært nødvendig.

¹³⁰ WT/DS27/R para. 7.294 -7.297

¹³¹ Markus Krajewski: National Regulation and Trade Liberalization in Services, s. 102

Et annet spørsmål som dukker opp her er der hvor et medlemsland har forpliktet seg fullt ut i alle leveringsmåtene, vil de da ha muligheten til å sette forskjellige standarder til behandling innenfor de forskjellige leveringsmåtene?

Jeg vil si at fraværet av noe eksplisitt holdepunkt i teksten og det fakta at forpliktelsene etter nasjonal behandling skjer gjennom de forskjellige ytelsesmåtene, tilsier at det må tolkes slik at det er lov for medlemslandene og diskriminere mellom de forskjellige ytelsesmåtene. Skillet av ytelsesmåtene ved begrensninger og forpliktelser ville da ikke vært nødvendig. Jeg er allikevel enig med Mattoo¹³² i at det er nødvendig for at prisnippet om nasjonal behandling ikke skal svekkes at det blir gjort klart hva som skal gjelde.¹³³

6.2.4 Tilsvarende tjenester og tjenestetilbydere innefor utdanningssektoren.

Ved tolkning av tilsvarende tjenester innefor utdanningssektoren mener jeg at det ikke er mulig å avgjøre det ved en generell tolkning, men det er noe som må avgjøres fra sak til sak. Allikevel skal jeg drøfte det grovt sett og komme med noen eksempler som tar for seg den mest vanlige formen for utdanning. Jeg vil ta utgangspunkt i The Services Sectoral Classification List¹³⁴. Som jeg har drøftet ovenfor, se 6.2, er ikke denne klassifiseringslisten en liste hvor tjenestene og tjenestetilbyderne i hver undersektor nødvendigvis kan regnes som tilsvarende tjenester eller tjenestetilbydere. Det som er klart etter tolkningene overfor av viktigheten av WTOs klassifiseringslister er at tjenester som faller i forskjellige undersektorer ikke er tilsvarende, men de som faller i samme sektorer er heller ikke nødvendigvis tilsvarende. Derfor vil jeg ta oppdelingen under utdanningssektoren i klassifiseringslisten som utgangspunkt og drøfte om de tjenestene som tilbys under hver undersektor er tilsvarende. Utdanningssektoren er delt opp i fem undersektorer: A. PRIMARY EDUCATION SERVICES (samme som CPC 921), B. SECONDARY EDUCATION SERVICES (CPC 922), C. HIGHER EDUCATION SERVICES (CPC 923), D. ADULT EDUCATION (CPC924), E. OTHER EDUCATION

¹³² Aaditya Mattoo; National Treatment in the GATS., Corner-Stone or Pandora's Box?, s. 121

¹³³ Jeg er allikevel ikke enig i at den beste løsningen vil være å si at nasjonal behandling gjelder på tvers av ytelsesmåtene, slik Mattoo gjør. Han mener det vil øke liberaliseringen, men jeg mener at det vil være i strid med oppbygningen av GATS avtaen. Hele handelen med tjenester er definert gjennom ytelsesmåtene, se art. I:2.

¹³⁴ MTN.GNS/W/120 (W/120)

SERVICEC (CPC 929). Undersektorene for voksen utdanning og annen utdanning, vil jeg ikke ta for meg i oppgaven fordi det er små sektorer som ikke er så aktuelle. Jeg vil si at det innefor grunnskole utdanningen og den videregående utdanningen er lettere å kalle alle under samme undersektor for like, mens mangfoldet av utdanning under undersektoren høyere utdanning gjør det vanskeligere å bestemme hva som kan regnes som tilsvarende utdanning.

I tillegg til hvilke undersektor utdanningstjenesten eller tjenesteyteren befinner seg, er det innenfor utdanning spesielt sluttbruken som er et viktig kriterium for likhetene. Hva utdannelsen leder til, nemlig eksamener og vitnemål har stor betydning for om en utdanning kan regnes for å være tilsvarende eller ikke. Hva slags eksamener og hvilke vitnemål som blir utdelt legger også føringer på innholdet i selve utdanningen, hvilke undervisning det skal være osv. Når det gjelder foreldre og studenter/elevs vaner har ikke det så stor betydning innenfor utdanning, men det kan selvfølgelig påvirke valget ved for eksempel religiøse hensyn.

Hvis man skal avgjøre likheten på bakgrunn av sluttbruken og forbrukernes vaner må det minimum være to tilbudte tjenester i et marked hvor det er konkurranse. Det er det i alle undersektorene under utdanningssektoren. Det er undersektoren som dekker grunnskolene som det i Norge er færrest tilbydere på markedet, men det er allikevel klart at det ikke bare er de offentlige skolene som tilbyr en grunnskole utdanning i tråd med kravene etter loven.

Et spørsmål er om fysiske karakteristikk av tjenestetilbyderen, de som tilbyr utdanningen vil få betydning ved vurdering av om det er tilsvarende tjenestetilbydere. Ellers vil jeg legge vekt på de kriteriene som jeg kom fram til at var viktige i drøftelsen om hva som er tilsvarende tjenester og tjenestetilbydere se 6.2.

A. PRIMARY EDUCATION SERVICES. Denne undersektoren dekker den norske grunnskolen. Det som ikke er omfattet av sektoren er barnehager og utdanning av voksne på grunnskoletrinnet som vil falle inn under undersektor D. om voksenopplæring.

I denne undersektoren er det ganske enkelt å slå fast hvilke tjenester og tjenestetilbydere som er tilsvarende. I Norge er det Lov om grunnskolen og den vidaregåande opplæringa (opplæringslova) 17. juli nr. 61 1998 som gjelder for offentlige grunnskoler og private grunnskoler som ikke får statstilskudd etter friskoleloven og privat hjemme undervisning se § 1-1. Privat grunnskoler som får statstilskudd reguleres etter Lov om frittstående skolar (friskolelova) 4. juli nr. 84 2003 se § 1-2. Det vil si at alle skoler på grunnskole nivå må godkjennes etter en av disse lovene og at de da også oppfyller kravet om plikt til grunnskoleopplæring etter opplæringslova § 2-1 1.ledd jf. Friskolelova § 3-2. Dette tilsier at skoler som faller inn under denne undersektoren må oppfylle visse krav etter Norsk lovgiving som tilsier at tjenestene er tilsvarende. Et annet moment som veier tungt i drøftelsen av hvilke typer grunnskoler som er tilsvarende er at alle sammen fører til de samme kvalifikasjonene ved endt utdanning. Alle som har fullført grunnskoleopplæringen har samme utgangspunkt for videre utdanning se opplæringslova § 3-1 1. ledd.

Allikevel kan det allerede på grunnskole trinnet stilles spørsmål ved likheten til tjenestetilbyderne der hvor det er snakk om skoler som ikke driver på samme måte som de ordinære grunnskolene for eksempel Steinerskolen. Selv om selve undervisningen foregår på en litt annen måte leder de til samme kvalifikasjoner for å gå videre i utdanningssystemet og den er godkjent etter friskolelova.

På tross av at det finnes skoler som utfører selve utdanningen annerledes er alle skolene som skal tilby undervisning på grunnskoletrinnet nødt til å være godkjente etter friskolelova eller opplæringslova. Derfor kan vi slå fast at på grunnskoletrinnet er alle tilbyderne tilsvarende. Dette fører til at alle grunnskolene kan sammenliknes ved spørsmålet om mindre gunstig behandling etter art. XVII om nasjonal behandling.

B. SECONDARY EDUCATION SERVICES. Denne sektoren dekker den norske vidaregåande opplæringen. Den dekker både allmennfaglige retninger og de yrkesfaglige retningene. Den vidaregåande opplæringen reguleres også gjennom opplæringslova for offentlige skoler se § 1-1 og friskolelova for private vidaregåande skoler som mottar statsstøtte se § 1-2. Det som er forskjellig fra grunnskole utdanningen er at disse lovene

ikke omfatter de private videregående utdanningsinstitusjonene som velger å drive uten statsstøtte.¹³⁵ Disse skolene kan drive undervisning kommersielt men har ikke lov til å avholde eksamener som er godkjente se forskrift til opplæringslova 1999-06-28-722 som også gjelder for regler om eksamen på skoler godkjente etter friskolelova se forskrift til friskolelova 2003-09-26-1194.

Det som er forskjellen fra grunnskole opplæringen er at all videregående opplæring leder ikke til samme type kvalifikasjoner ved endt utdanning. Det er forskjellige valg av retninger innenfor utdanningen, man kan velge å gå en allmennfaglig utdanning som gir en generell studiekompetanse eller man kan velge en fagopplæring som gir et svennebrev. Dermed kan sluttbruken være forskjellig i de forskjellige retningene av den videregående skolen. Dette gjør det vanskeligere å avgjøre hvilke tjenester og tjenestetilbydere som er tilsvarende en det er ved grunnskolen.

Spørsmålet her blir om det er tilsvarende tjenester bare der hvor det blir tilbudt de samme kursene, eller om det er ansett som tilsvarende tjenester når eleven går ut med samme nivå på graden de sitter igjen med etter endt utdanning. Her er det mest sannsynlig forskjell på kurs som leder til generell studiekompetanse siden dette er et krav som ofte må være dekket ved videre opptak til studier ved høyskole og universiteter og yrkesrettet utdanning som leder til svennebrev og rett til å praktisere et yrke. Det mest naturlige når vi legger vekt på sluttbruken er at de studieretningene som leder til generell studiekompetanse må ansees som tilsvarende. Der hvor utdanningen leder til fag- og svenneprøver er det at annet moment at disse ikke leder til samme faglige kompetanse, det er stor forskjell på en mekaniker og en frisør. Derfor må det skilles mellom de faglige retningene også. Elevene tar også sluttbruken, innen utdanning hva du kan jobbe som eller hvilke muligheter det gir deg videre etter endt utdanning som forbrukerne i dette tilfelle, i betraktning når de avgjør hvilke av tjenestene som er erstattelige med hverandre. Spørsmålet er da om det kan sies at alle skoler som tilbyr videregående utdanning er tilsvarende eller om man må skille mellom utdanning som fører til generell studiekompetanse og fag- og svenneprøver, og man igjen

¹³⁵ Se NOU 1995:18 hvor bakgrunnen for opphevelsen av kravet om godkjenning ved opprettelse av private videregående skoler som ikke mottar tilskudd er behandlet.

er nødt til å skille mellom de forskjellige typer fagopplæring? Ved offentlige videregående skoler i Norge er det stort sett et tilbud hvor de både tilbyr utdanning som leder til generell utdanning og faglig opplæring, og at skolene derfor er like. Det som kan bli et spørsmål er hvis det gis subsidier som er rettet mot selve tjenesten og som skiller mellom forskjellige typer av fagkombinasjoner og yrkesopplæring.

Dette vil si at på bakgrunn av sluttbruken, klassifiseringen og forbrukernes meninger vil selve vitnemålet være avgjørende. Jeg mener at det er mest naturlig og legge størst vekt på sluttbruken fordi dette har såpass stor betydning for elevene. Det er ikke likegyldig hvilke type videregående utdanning de får.

Den norske lovgivingen skiller mellom videregående opplæring som fører til studiekompetanse og yrkeskompetanse.

C. HIGHER EDUCATION SERVICES. Denne sektoren omfatter alle utdanningsinstitusjoner som faller inn under høyskoler og universiteter eller annen form for høyere utdanning. I denne undersektoren er det mange typer av utdanning. I Norge blir denne sektoren regulert gjennom lov om universiteter og høyskoler (universitetsloven) 1. april. Nr. 15 2005. Loven inneholder også bestemmelser om NOKUTs godkjenning av utdanning som ikke faller inn under loven.¹³⁶

I WTOs klassifiseringsliste er dette en sektor, her er det da ikke så mye hjelp ved avgjørelsen om hvilke typer utdanning som er tilsvarende. Det er klart at det er forskjellige typer utdanning innenfor denne sektoren. Sluttbruken er svært forskjellig og det er vanskelig å fastslå hva som er tilsvarende tjenester.

Er det kun der hvor utdanningen leder til samme vitnemål som kan ansees å være tilsvarende eller skal det legges vekt på antallet år man studerer eller er det bare om studiene faller inn under høyskoler eller universiteter som har betydning? Skiller man ved fagfelt, eller er kan forskjellige fagfelt som har andre likheter sees på som tilsvarende? Her er det mange spørsmål. Jeg vil tro at i de yrkene som krever at man må være ferdig

¹³⁶ Se § 2-1 (f) jf. § 3-4. det kan for eksempel være godkjenning av utdanning fra utlandet.

uteksaminer fra en spesiell type høyere utdanninge for å ha lov til å praktisere ikke kan sees på som lik noen andre typer utdanninge eksempler på dette er leger, tannleger, jurister osv. her kan ikke studentene velge å bytte ut utdannelsen med noen annen, og dermed får graden av erstattelighet betydning. Det vil si at om tjenestene er tilsvarende i denne sektoren må det tas stilling til i hvert enkelt tilfelle når man skal vurdere om prinsippet om nasjonal behandling får anvendelse. Et annet moment som kan tas med i drøftelsen av hva som er tilsvarende tjenester innenfor høyere utdanning er hvordan disse tjenestene blir delt opp i Norge. Etter universitetsloven blir det delt opp i kategorier som universitet, vitenskapelig høyskole og høyskoler¹³⁷, det blir avgjort av Kongen etter faglig vurdering av NOKUT. Disse har forskjellige krav og rettigheter etter loven. Men man kan også få akkreditering for enkelte studietilbud selv om man ikke er akkreditert som institusjon.¹³⁸ Det er allikevel ingen ting som tyder på at alle privat høyskoler blir behandlet likt i Norge, ved finansieringen blir det ikke gitt på grunnlag av institusjonen som helhet men det tas utgangspunkt i enkeltutdanninger, som igjen er basert på akkreditering. Dette er enda en indikasjon på at vi ikke kan bruke undersektoren høyere utdanning som grunnlag for hva som er tilsvarende utdanning. Her ser vi også at det gjøres forskjell på tjenesteyteren og tjenesten. I Norge ved tildeling av tilskudd, blir disse gitt til selve utdanningen som er tjenesten og ikke til tjenestetilbyderen.

Denne drøftingen gir en pekepinne på at innenfor hver enkelt undersektor i utdanningssektoren er det mange som tilbyr den samme tjenesten og som kan ansees å være tilsvarende tjeneste tilbydere. I Norge finnes det tilsvarende tjenester og tjenestetilbydere innenfor hver undersektor av utdanningssektoren. Det er dette som er utgangspunktet for å falle inn under reglene om nasjonal behandling og derfor kan vi drøfte videre herfra om subsidiene innefor utdanning fører til en mindre gunstig behandling av tjenester/tjeneste tilbydere som er tilsvarende.

Jeg mener at det innenfor utdanning hvor tjenesten leder til en grad og har eksamener som avgjør til hvilke form undervisningen og tjenesten dermed skal ha gjør det lettere en mange

¹³⁷ Se § 1-2

¹³⁸ Se § 2-1 (f)

andre tjenester å avgjøre om tjenestene er tilsvarende eller ikke. Her vil stort sett tjenestetilbyderne være tilsvarende når tjenesten er lik.

Etter denne drøftelsen kan vi konkludere med at i undersektoren grunnskole, er de tilbudene som finnes på det norske markedet tilsvarende tjenester. Alle tilbudene under denne sektoren må godkjennes og det er et viktig formål med grunnskolen at alle skal ha likt utgangspunkt til videre utdanning i den videregående skolen. Derfor vil grunnskoler bli sett på som tilsvarende tjenester under art. XVII. I undersektoren videregående opplæring er de fleste tilbudene også tilsvarende, men her er det et mye større omfang av tilbudet og det må i hver enkelt sak tolkes om det er snakk om tilsvarende tjenester eller ikke. De som blir tolket som tilsvarende tjenester faller inn under rekkevidden av art. XVII. Det er større problemer med å avgjøre likheten av utdanningstjenestene i undersektoren høyere utdanning. Jeg mener at det må avgjøres fra sak til sak. Ved å ta i betraktning alle momentene som er drøftet over og spesielt sluttbruken, hva utdannelsen leder til.

De som er tilsvarende faller inn under reglene om nasjonal behandling og vi kan her gå videre med tolkning av hva som er "mindre gunstig behandling" [dette er uttrykket etter den norske oversettelsen, den engelske versjonen bruker "less favourable treatment"]. Dette vil jeg tolke nærmere i punktet under.

6.3 Betydningen av ikke mindre gunstig behandling.

Når vi har slått fast at det er tjenester/tjenestetilbydere som er tilsvarende innenfor utdanningssektoren, må vi tolke om disse får behandling som er like gunstig. Det er denne tolkningen som bestemmer om subsidieringen krenker prinsippet om nasjonal behandling. Det er likeheten mellom tjenestene/tjenestetilbydere som er utgangspunktet for om det i det hele tatt faller inn under art. XVII.

Hvis vi begynner med å se på art. XVII tekst må vi først avgjøre om subsidier i utdanningen er "*measures affecting the supply of services*". Definisjonen av dette utsagnet er gitt i GATS art. XXVIII (a) som sier at "measures", eller tiltak på norsk, er alle typer tiltak gitt av en medlemsstat uansett form det er gitt i, lov, framgangsmåte, regel, forskrift,

administrativ avgjørelse eller hvilken som helst annen form, og (c) som sier at uttrykket ”measures affecting the supply of services” omfatter kjøp, betaling og bruk av tjenesten, og adgang til offentlige tjenester som alle har tilgang på i forbindelse med tilbudet av en tjeneste, og til slutt tilstedeværelse av personer fra medlemslandet som tilbyr tjenesten på territoriet til at annet medlemsland.

Det er klart at subsidier innenfor utdanningssektoren i Norge, og da spesielt statsstøtte som er den mest fremtredende formen for subsidier, er et tiltak som faller inn under denne definisjonen.

Det neste spørsmålet er hvordan art. XVII ”treatment no less favourable” skal tolkes. Paragraf 2 og 3 i art. XVII sier noe om hvordan uttrykket ikke mindre gunstig behandling skal tolkes, og kan gi oss noen svar på hva vi skal legge vekt på.

Art. XVII sier ikke at de tilsvarende tjenestene/tjenestetilbydere har krav på lik behandling. De er kun berettiget til en behandling som ikke er mindre gunstig. Det vil si at medlemslandet kan oppfylle forpliktelsen, enten ved å gi medlemslandene lik behandling eller at de får en tilsvarende behandling på en annen måte. Dette er også sagt eksplisitt i art. XVII:2. Der hvor behandlingen endrer konkurransevilkårene slik at medlemslandets tjenester/tjenestetilbydere får en fordel, vil behandlingen sees på som mindre gunstig art. XVII:3.

Denne artikkelen avspeiler GATT standarden for diskriminering som er slått fast av Panelet i Italian Agricultural Machinery¹³⁹ og US-Section 337¹⁴⁰

Det er klart at de facto diskriminering også faller inn under rekkevidden av art. XVII. Dette kommer fram av art. XVII:3 og XVII:2, se også EC-Bananas, Report of the Appellate Body Para. 233. Det vil si at det ikke bare er diskriminering på grunnlag av nasjonalitet som faller inn under art. XVII, men også behandling som indirekte skaper diskriminering i

¹³⁹ Se BISD 7S/60 para. 12.

¹⁴⁰ Se BISD 36S/354 para. 5.11

forhold til utenlandske tilbydere. Man kan argumentere for både en vid og snever tolkning av artikkelen. Ved tolkning av "less favourable treatment" i art. XVII er det rekkevidden av de facto diskrimineringen som skaper problemer. Det kan være vilkår som er satt for å motta subsidier som ikke eksplisitt går på nasjonaliteten, men krav som gjør det vanskeligere for utenlandske tilbydere å oppfylle enn innenlandske. Innenfor GATT er det lagt stor vekt på hvilke konsekvenser det har for konkurransen at de blir behandlet forskjellig. Det er ikke før behandlingen av de tilsvarende tjenestene eller tjenestetilbydere gir utslag på konkurransen at den kan sees på som mindre gunstig.¹⁴¹ BISD/39S/27 Canada – Alcoholic Drinks er et eksempel på at de facto diskriminering dekkes av art. III:4 i GATT, men at det kreves høy grad av bevis for at konkurransesituasjonen blir berørt.

Etter art. XVII:1 inf. skal behandlingen ikke være mindre gunstig enn behandlingen det medlemslandet gir sine egne tilsvarende tjenester og tjenestetilbydere. I forhold til statsstøtte vil det da være naturlig at det tilbys det samme beløpet til utdanningsinstitusjoner som er tilsvarende tjenester eller tjenestetilbydere. Hvilke kriterier som skal legges til grunn her er det som sagt ovenfor ingen avklaring på. Det kan være kursene som blir tilbudt, hvor mange studenter som står på eksamen, hvor mange som går opp til eksamen eller liknende.

Jeg vil se på de norske reglene om subsidiering i punktet under, og ut ifra dette se om de gir en mindre gunstig behandling til de utenlandske tilbydere. Jeg vil her ta utgangspunkt i full binding av nasjonal behandling innenfor utdanningssektoren, mens jeg så vil se på Norges begrensninger i bindingslistene og konsekvensene av det ved subsidiering.

6.4 Norske regler.

6.4.1 Hvilke regler finnes i det norske lovverket?

6.4.1.1 Grunnskoler

Grunnskoler er regulert i opplæringsloven¹⁴² som gjelder for offentlige grunnskoler og videregående opplæring, det gjelder også for private grunnskoler som ikke mottar støtte.¹⁴³

¹⁴¹ Se WT/DS161 og WT/DS169/AB/R

¹⁴² 17.juli nr. 61 1998

Det er etter § 2-12 ulovlig å drive privat grunnskole uten godkjenning. Så de internasjonale private grunnskolene som ikke mottar støtte er pliktige til å oppfylle kravene etter opplæringsloven. Internasjonale private grunnskoler har rett til å tilby tjenestene sine selv om de ikke får tilskudd etter friskoleloven, men de må oppfylle kravene etter opplæringslova, se § 1-1 2. ledd. og § 2-12. I § 2-12 er det også slått fast at det kan gjøres unntak fra kravene i 2. og 3. ledd for internasjonale grunnskoler i Norge. Hva som skal legges vekt på ved en vurdering av når og hvorfor det skal kunne gjøres unntak er det ikke sagt noe om i forarbeidene til loven, men mest sannsynlig vil det følge vanlig praksis.¹⁴⁴ Ut i fra ordlyden i loven er det slik å forstå at det ikke vil bety en innstramming i kravene i forhold til innenlandske private skoler men heller en lemping av kravene i visse tilfeller. Dette betyr at det kun er i forhold til å bli godkjent etter friskole loven og dermed få tilskudd som er diskriminerende i forhold til internasjonale skoler.

Etter § 2-15 har alle rett til gratis grunnskole opplæring, foreldre har også plikt til å gi barna grunnskole opplæring, det er derfor umulig å drive grunnskoler i Norge som ikke er godkjente, både fordi det er straffbart og at alle barn er pliktige til å gå på grunnskolen.

For private grunnskoler som har rett til tilskudd gjelder friskoleloven.¹⁴⁵ Godkjenningen etter denne loven med rett til tilskudd er basert på en rekke kriterier som må være oppfylt. Etter loven har alle norske privatskoler som oppfyller kravene rett til tilskudd¹⁴⁶, men loven gjelder ikke for internasjonale skoler som vil etablere seg i Norge, norske private grunnskoler i utlandet eller for grunnskoler opprettet for funksjonshemmede jf. § 2-1. Disse skolene kan allikevel bli godkjent etter en samlet vurdering.¹⁴⁷ Reglene fører til at det er vanskeligere for internasjonale skoler å etablere seg på det norske markedet enn norske private skoler. Og det fører til at det er vanskeligere å få tilskudd. Hvis Norge hadde inngått forpliktelser i utdanningssektoren med full binding ville dette helt klart vært et brudd på pliktene etter art. XVII om nasjonal behandling. Det er klart at disse reglene er direkte diskriminering og gir nasjonale tilbydere av utdanning en fordel vet at de som oppfyller

¹⁴³ Se § 1-1

¹⁴⁴ Se Karnov 1999 note (30) til opplæringslova.

¹⁴⁵ 4. juli nr. 84 2003

¹⁴⁶ § 2-1

¹⁴⁷ §2-1 3.led

kravene har en rett til tilskudd, mens de internasjonale skolene som også oppfyller kravene etter loven ikke har en rett men kan motta støtte etter søknad. Norge har gjort forbehold om dette i bindingslistene og jeg vil drøfte om Norges utforming av bindingslistene er nok til at de kan diskriminere mellom utenlandske og innenlandske tilbydere når det gjelder subsidiering av skoler.¹⁴⁸ Friskoleloven ble endret ved lov av 9. juni 2006 nr. 17, de nye bestemmelsene er et utslag av regjeringsskifte og et nytt syn på friskoler. Den nye regjeringen ønsker å styrke fellesskolen og dermed stoppe veksten av friskoler og bruke midlene i den offentlige skolen.¹⁴⁹ Endringene får store konsekvenser for private skoler som ønsker tilskudd. De første endringene kommer i formålsparagrafen, og slår fast at det midlertidig ikke skal gis godkjenning til noen nye skoler. Dette for at lesere av loven skal bli oppmerksom på endringene. For grunnskoler er det gjort endringer i § 2-1 som ikke lenger gir en rett til tilskudd for norske private skoler eller muligheten til tilskudd for internasjonale skoler som oppfyller kravene ved søknad, men stenger midlertidig mulighetene for godkjenning med rett til tilskudd for alle frittstående skoler. Det kan allikevel gjøres unntak i særlige tilfeller. Disse endringene fører til at det ikke lenger er en diskriminering mellom nasjonale og internasjonale tilbydere, de stiller likt etter loven. Reglene om hvor mye de får i tilskudd og hvor mye de kan ta betalt er regulert i lovens kapittel 6.

6.4.1.2 Videregående skoler

For offentlig videregående opplæring gjelder også opplæringsloven.¹⁵⁰ Etter fullført grunnskole eller liknende har man rett til videregående opplæring, jf. § 3-1. Her foreligger det ingen plikt. Opplæringen er gratis, men man kan bli pålagt å betale undervisningsmateriell, utstyr og kopiering selv.

For privat videregående skoler som har rett til støtte gjelder friskoleloven¹⁵¹, jf. § 1-2. Her er det den samme begrensningen som for grunnskoler, at loven gir rett til tilskudd for de norske private videregående skolene, mens internasjonale skoler ikke gis noen rett til

¹⁴⁸ Se pkt. 6.4.3 i avhandlingen.

¹⁴⁹ Se Ot.prp. nr.43 (2005-2006) Kap. 1.

¹⁵⁰ Se note 142

¹⁵¹ Se note 145

tilskudd men at de kan godkjennes etter en samlet vurdering.¹⁵² Dette er endret ved lov 9. juni 2006 jeg vil ta for meg endringene under.

Private videregående skoler som velger å drive uten tilskudd er ikke bundet av reglene i opplæringsloven og friskoleloven. Det er ikke krav om offentlig godkjenning for å drive privat videregående opplæring.¹⁵³ Det presiseres i Ot.prp. nr. 64 (2003-2004) at private videregående skoler som driver uten offentlige tilskudd ikke omfattes av opplæringslovens § 2-12, men at de ofte vil ha godkjenning av statens lånekasse slik at elevene har rettigheter til lån og stipend. Etter den tidligere loven om utdanningsstøtte til elever og studenter (nr. 21 1985) § 2 må utdanningsinstitusjonene være etter vedtak av Departementet, å anse som faglige likeverdige med de offentlige utdanningsinstitusjonene. Her henvises det da til friskoleloven og lov om universiteter og høyskoler. Den nåværende loven om utdanningsstøtte (nr. 37 2005) lyder denne bestemmelsen slik at det er departementet som avgjør hvem som skal godkjennes etter loven og vilkårene for dette skal departementet gi forskrifter om. Av forskriftene, forskrift om tildeling av utdanningsstøtte for undervisningsåret 2006-2007, kan vi se det at de som følger undervisning ved institusjoner som er regulert av opplæringsloven og friskoleloven får støtte, men også de som følger undervisning ved en institusjon som følger offentlig godkjente læreplaner. For utenlandsk utdanning som tilbys i Norge skal det gis særskilt godkjenning av Departementet.

Etter reglene i friskoleloven er det gjort forskjell mellom private norske videregående skoler og internasjonale videregående skoler. Her som for grunnskoler, er dette forskjellsbehandling mellom innenlandske og utenlandske tilbydere. Ved full binding i utdanningssektoren av nasjonal behandling vil dette være en direkte diskriminering, men som sagt ovenfor i avsnittet om grunnskoler har Norge innført begrensninger i bindingslistene, jeg vil komme nærmere inn på dette senere, om disse unntar Norge fra forpliktelsene av nasjonal behandling ved tildelingen av subsidier. Endringene som er gjort i friskoleloven 9.juni 2006 får også konsekvenser her. Det er de samme endringene som er

¹⁵² Jf. § 2-2 3.ledd-

¹⁵³ Se Opplæringslova, Lov om grunnskolen og den videregående opplæringa av 17. juli 1998 nr. 61, Kommentartutgave av Geir Helgeland, Oslo 2001. Se også NOU 1995:18 pkt. 34.5.3, om hvorfor kravet om godkjenning ikke ble videreført fra den gamle loven om videregående skoler.

gjort i forhold til videregående opplæring som for grunnskoler¹⁵⁴, og det har de samme konsekvensene.

6.4.1.3 Universiteter og høyskoler.

Som sagt er universiteter og høyskoler regulert i lov om universiteter og høyskoler¹⁵⁵. Denne loven gjelder universiteter og høyskoler som tilbyr utdanning som er akkreditert etter loven eller som er akkreditert som universitet, vitenskapelig høyskole eller høyskole.¹⁵⁶ Den gjelder kun institusjoner som har virksomhet i riket, og gjelder ikke virksomheten som utføres utenfor riket.¹⁵⁷ Det vil si at tjenester fra universiteter og høyskoler som tilbys gjennom leveringsmåte 1 fra et medlemslands territorium til et annet medlemslands territorium ikke faller inn under denne loven.

Etter § 8-3 kan private høyskoler og universiteter få statsstøtte. Dette skjer etter søknad og de har ingen rett til å motta det selv om de oppfyller kravene etter loven. Her gjøres det ikke forskjell på norske private utdanningsinstitusjoner eller internasjonale utdanningsinstitusjoner. Derfor er det ingen direkte diskriminering gjennom lovgivingen. Det er eventuelt gjennom indirekte diskriminering ved krav som settes til utdanningsinstitusjonene det her vil forekomme en diskriminering etter art. XVII under sektoren for høyere utdanning. Spørsmålet her blir da om det er vanskeligere å oppfylle kravene etter loven for internasjonale tilbydere, som gjør at det er en de facto diskriminering etter art. XVII slik at det er vanskeligere for de internasjonale å motta subsidier

§ 7-1 sier at statlige utdanningsinstitusjoner ikke kan kreve betaling av studentene for ordinær utdanning. For private utdanningsinstitusjoner er det slik at de skal la tilskuddet komme studentene til gode og de kan heller ikke drive kommersielt på den måte at de kan ta ut økonomisk utbytte eller overføre det på annen måte.

¹⁵⁴ Se 6.4.1.1

¹⁵⁵ 1. april nr. 15 2005

¹⁵⁶ Se § 1-2

¹⁵⁷ Se § 1-2 (5) og (6)

Her skilles det mellom det statlige tilbudet av universiteter og høyskoler og private. Spørsmålet blir om private kan kreve den samme behandlingen som det staten gir til sine egne institusjoner. Det vil jeg komme nærmere tilbake til der hvor jeg drøfter om statens tilbud av utdanning i det hele tatt faller inn under prinsippet om nasjonal behandling i forhold til subsidier.¹⁵⁸

6.4.2 Er disse subsidier etter GATS?

Subsidier som stammer fra offentlige midler er i utgangspunktet lovlige etter GATS - avtalen, men der hvor et medlemsland føler at de blir berørt av et annet medlemslands subsidier på en ugunstig måte skal dette medlemslandet velvillig inngå konsultasjoner om forholdet jf. GATS art. XV:2. Siden definisjonen på subsidier ikke er ferdig forhandlet ennå kan vi ikke med sikkerhet si hva som vil falle inn under subsidier som dekkes av GATS -avtalen. Men subsidier i form av tilskudd fra staten til utdanningsinstitusjoner regnes som subsidier både ut i fra en normal forståelse av ordet, det regnes som subsidier i Norge, og faller inn under definisjonen til ASCM.

Dette er diskutert i S/WPGR/M/44. Hvis vi ser på de fire spørsmålene som kom opp i S/WPGR/M/44¹⁵⁹ som kan være til hjelp for å avgjøre om et tiltak er en subsidie, faller definitivt tilskudd til private utdanningsinstitusjoner inn under GATS. Det første spørsmålet er hvem som gir subsidien og i dette tilfelle er det staten som gir subsidien gjennom bevilgninger. Det andre spørsmålet er hvem som mottar subsidien, det er private tilbydere, både nasjonale og internasjonale.. Det tredje spørsmålet er hvilken form subsidiene er i og det er overføring av penger. Til slutt er det spørsmål om hva fordelene er for mottakeren, fordelene her er at skolene får dekke store deler av kostnadene sine, dermed blir tilbudet mye billigere og mer attraktivt for studenter/elever. Grunnskoler som mottar tilskudd etter friskoleloven får statlig tilskudd på 85 % av vanlige driftsutgifter til all godkjent undervisning etter opplæringsloven. Videregående skoler får som hovedregel tilskudd med 85 % av tilskuddsgrunnlaget. Dette tilskuddsgrunnlaget bygger på utgiftene i

¹⁵⁸ Se 6.5

¹⁵⁹ Se para. 42

den offentlige videregående skolen. Det vil si at driften av de private skolene som blir tildelt støtte etter friskoleloven i hovedsak er finansiert av det offentlige.

For høyere utdanning er det andre utregninger som gjelder. Det er etter universitetsloven § 8-3 tilskudd som dekker driftkostnadene som blir gitt. Tilskuddet til de private institusjonene er et rammetilskudd og er avgrenset til bruk ved akkrediterte utdanninger. Systemet for beregning baserer seg på det samme systemet som blir brukt ved statlige universiteter og høyskoler. Modellen for tildeling av tilskudd er relativ ny og det er ikke ønskelig å lovfeste før man har evaluert de erfaringene man har om hvordan det fungerer.¹⁶⁰ Finansieringssystemet¹⁶¹ er et tredelt system som inneholder en undervisningskomponent, en basiskomponent og en forskningskomponent.

Etter disse spørsmålene er det klart at tilskudd blir dekket av begrepet subsidier.

Statsstøtte til utdanning er ikke rapportert i Trade Policy Reviews, som er en indikasjon på at medlemslandene ikke ser på dette som en spesiell type subsidier.¹⁶² Dette kan allikevel ikke være bindende på hvordan subsidier i forhold til GATS skal tolkes.

Offentlige tilskudd blir i utgangspunktet ikke sett på som handelshindrende etter GATS - avtalen. Der hvor det gis tilskudd til nasjonale tilbydere, men ikke til internasjonale i en sektor hvor medlemsstaten har forpliktet seg må det være satt en begrensning i bindingslistene på nasjonal behandling. Dette kommer frem av S/WPGR/W/13, S/WPGR/W/13/Add.1 og S/WPGR/W/13/Add.2 som er en liste over de subsidie relaterte begrensningene landene har satt i bindingslistene, det gjøres klart at den kun omfatter subsidier som eksplisitt er uttrykt og at den ikke er utfyllende. Det er heller ikke sikkert at denne listen kan sammenholdes med hva medlemslandene forstår med termen subsidie. Listen viser at Norge har begrensninger horisontalt og under utdanningssektoren for subsidier.

Ut i fra dette omfattes statsstøtte og subsidier innenfor utdanningssektoren av forhandlingskravet som stilles i art. XV. Som jeg tidligere har slått fast i kapittel 5 vil

¹⁶⁰ Se Ot.prp. nr 79 (2203-2004)

¹⁶¹ Innført i St.prp. nr. 1 (2002-2003)

¹⁶² Sjekk S/WPGR/W/25/Add.4

derfor de norske reglene falle inn under andre bestemmelser i GATS siden retningslinjene etter art. XV ikke er ferdigforhandlet.

6.4.3 De norske bindingslistene.

Bindingslistene er der hvor landene forplikter seg og setter begrensninger til de forskjellige sektorene. Det er landene selv som utformer hva som skal stå i bindingslistene og det er av stor betydning for hvilke forplikter medlemslandene påtar seg. Det landene forplikter seg til i bindingslistene er bindende for landene. Det er vanskelig når man først er bundet å endre listene til en form som gir mindre binding og som er mer begrensende på handelen se art. XXI.

The Council of Trade in Services har utarbeidet en retningslinje for bindingslistene¹⁶³, som sier at subsidier omfattes av prisnippet om nasjonal behandling på samme måte som andre diskriminerende. Disse retningslinjene er ikke bindende for medlemsstatene, men er praktisk viktig i tolkningen av GATS bestemmelsene. Retningslinjene kan sees på som etterfølgende praksis som sier noe om partenes forståelse av avtalen, dette er relevante tolkningsmomenter som skal tas i betraktning etter art. 31:3 (b) i Wienkonvensjonen.¹⁶⁴

Bindingslistene er strukturert slik at de viser hvilken type forpliktelse, sektor, leveringsmåter og nivå av forpliktelse. Landene fører opp bindingslistene etter markedsadgang, nasjonal behandling og andre forpliktelser. Innenfor nasjonal behandling har vi horisontale forpliktelser som gjøres for alle sektorene. Disse er delt opp i de forskjellige leveringsmåtene. Under utdanningssektoren blir landene oppfordret til å bruke WTOs klassifiseringsliste, denne viser undersektorer som igjen landene forplikter for hver av de fire leveringsmåtene. Bindingslistene er den muligheten landene har til å forplikte seg innenfor en sektor uten og forplikte seg fullt ut. Her kan de gjøre begrensninger som ellers ikke ville vært lov etter avtalen på grunn av diskriminering.

¹⁶³ Se Guidelines for the Scheduling of Specific Commitments under the General Agreement on Trade in Services S/L/92

¹⁶⁴ Se Wienkonvensjonen.1969 og Markus Krajewski "National Regulation and Trade Liberalization in Services: The Legal Impact of the General Agreement on Trade in Services (GATS) on National Regulatory Autonomy, 2003, s.77

Norge har åpnet utdanningssektoren, og har mye mindre begrensninger enn de fleste andre land som har åpnet utdanningssektoren. Gjennom bindingslistene kan medlemslandene reservere seg mot å gi private tilbydere av utdanning de samme subsidiene som de offentlige mottar innenfor utdanningssektoren. Medlemslandene er svært restriktive mot å åpne opp handelen med utdanning. Ofte er det slik at utdanningssektoren i realiteten er mer åpen enn det medlemslandene forplikter seg til. Grunnene til at medlemslandene ofte er restriktive med å åpne sektoren for mye selv om de innenlandske reglene er mindre handelshindrende, er at mulighetene for å trekke seg fra forpliktelsene er små. Landene vil da heller ha muligheten til å forplikte seg mer etter hvert. Norge har åpnet utdanningssektoren, men har satt begrensninger på forpliktelsene når det gjelder subsidier.¹⁶⁵

Bindingslistene og hvordan de blir formulert, er viktige for å ekskludere det statene ikke vil forplikte seg til innenfor hver enkelt sektor. Utfordringen for medlemslandene ved utformingen av bindingslistene, er å gjøre teksten så presis at den ikke kan mistolkes. Den må tolkes slik at alle de begrensningene medlemslandet vil ha med omfattes. Slik at de ikke bruker en uklar tekst som kan føre til at medlemslandet plutselig har åpnet sektoren mer enn det som var intensjonen. Hvis medlemslandet har vært upresis i utformingen av bindingslistene er det som sagt vanskelig å modifisere de eller trekke de tilbake se art. XXI.

Norges relevante forpliktelser slik de er i bindingslistene nå er som følger (jeg siterer på engelsk):

Det er først de horisontale forpliktelsene som gjelder alle sektorene innenfor tjeneste avtalen.

”horizontal commitments:

All sectors: Subsidies.

Limitations on National Treatment

Mode 1 and 2: None

Mode 3 Eligibility for subsidies may be limited to juridical persons established in Norway.

Unbound for research and development subsidies.

¹⁶⁵ Se WTOs webside www.wto.org og bindingslistene.

Mode 4 Subsidies available to natural persons may be limited to Norwegian citizens.”

Dette er slik de er nå, men det er fremmet et forslag til nye bindingslister som eventuelt fører til forandringer i mode 3 ”Eligibility for subsidies may be limited to juridical persons established in Norway. Unbound for research and development subsidies *and for education leading to the conferring of state recognized exams and/or degrees.*”¹⁶⁶

Forpliktelsene under utdanningssektoren er som følger:

”Education Services.

Education services leading to the conferring of State recognized exams and/or degrees.

Limitations on Marked Access.

Mode 2 None

Mode 1 and 3 Primary and secondary education are public service functions. Authorization may be given to foundations and other legal entities to offer additional parallel or specialized education on a commercial or non-commercial basis. Financial assistance to educational institutions or to students only available for studies at certified establishments.

Mode 4 Unbound except as indicated in the horizontal section.”

Når det gjelder begrensninger i bindingslistene under utdanningssektoren og begrensninger i nasjonal behandling, er det ingen begrensninger verken i de nåværende bindingslistene eller i det nye forslaget. Bortsett fra Mode 4 som sier:”Unbound except as indicated in the horizontal section. Teaching qualifications from abroad may be recognized, and an exam must be passed.” Dette er ikke endret i det nye forslaget.

Det som er innført som begrensninger til utdanningssektoren i kolonnen for markedsadgang, er også en begrensning eller vilkår etter prinsippet om nasjonal behandling der hvor det er tiltak som faller inn under både markedsadgang og nasjonal behandling.

Dette kommer frem av GATS art. XX:2.

Det er ved tolkning av bindingslistene vi kan se hvilken rekkevidde prinsippet om nasjonal behandling har i hvert enkelt medlemsland. For å avgjøre dette er første punkt at

¹⁶⁶ Se Norway. Draft revised services offer, submitted to the Secretariat 17.06.05., finnes på websiden til den Norske delegasjonen i Genève, www.norway-geneva.org.

medlemslandene har forpliktet seg innenfor sektoren. Norge er forpliktet innenfor utdanningssektoren. Det andre spørsmålet vi må stille oss er hvilke leveringsmåter medlemslandene har satt begrensninger, hvilke som ikke er åpnet og hvilke som er åpnet helt ut. Norge har åpnet utdanningssektoren helt ved nasjonal behandling for leveringsmåte 1,2 og 3, i leveringsmåte 4 er vi ubundet unntatt det som er satt opp i de horisontale forpliktelsene og at lærere med utenlandsk utdanning trenger en godkjenning og må stå på en eksamen. Det vil si at Norge nesten ikke har begrensninger spesielt for utdanning. Det som er satt opp i de horisontale forpliktelsene er gjeldende for alle sektorer og selv om Norge har åpnet leveringsmåte 1,2 og 3 gjelder de horisontale begrensningene.¹⁶⁷

Norge har satt begrensninger i bindingslistene og er ikke forpliktet fullt ut selv om utdanningssektoren er åpnet. Norge har for det første satt begrensninger til subsidier horisontalt (det vil si at det gjelder alle sektorene hvor Norge har forpliktet seg). Her er det sagt at berettigelsen til subsidier kan begrenses til juridiske personer som er opprettet i Norge. Innenfor grunnskolen og den videregående opplæringen som klart diskriminerer i forhold til opprinnelses land i den nasjonale lovgivingen, gir disse bindingslistene rett til å diskriminere i forhold til subsidier (dette er nå endret etter friskolelova). Horisontalt har Norge satt begrensninger for subsidier innenfor ytelsesmåte 3 og 4. Betydningen for utdanningsinstitusjoner som tilbyr tjenester gjennom ytelsesmåte 3, kommersiell tilstedeværelse er at subsidier kan bli begrenset til juridiske personer som er opprettet i Norge. I bindingslistene som er på engelsk står det "established", jeg tolker det slik at det betyr opprettet. Skulle det hatt en annen betydning for eksempel etablert ville begrensningen i bindingslisten vært tom, siden man må være tilstede for å falle inn under leveringsmåte 3. Juridisk person er definert i GATS art. XXVIII. Det er enhver lovlig sammenslutning som er opprettet eller på annen måte organisert etter gjeldende rett. Jeg vil tolke det slik at Norge i bindingslistene vil beskytte seg mot å gi subsidier til juridiske personer som er hjemmehørende i et annet medlemsland etter art. XXVIII (m). Det vil si at utdanningsinstitusjonene ikke kan eies eller kontrolleres¹⁶⁸ av fysiske personer eller juridiske personer som tilhører et annet medlemsland. Dette betyr at internasjonale skoler

¹⁶⁷ Se Council of Trade in Services 23 mars 2001

¹⁶⁸ Se art. XXVIII (n) i og ii.

som ikke er opprettet i Norge og som styres fra utlandet ikke har rett til å bli behandlet etter prinsippet om nasjonal behandling når det gjelder subsidier. Norge har allikevel sagt at juridiske personer *kan* (se ”may” i de originale bindingslistene) få subsidier. Spørsmålet her blir om Norge ved å sette ordet ”may”, som viser til bruk av skjønn, kan lede til diskriminering på andre områder av GATS. Forarbeidene til universitetsloven NOU 2003:25 mener at hva som ligger i begrepet etablert i Norge må avgjøres på grunnlag av nasjonal lovgiving. Det innebærer at det må være opprettet et datterselskap i Norge, i det minste en norsk forretningsadresse og organisasjonsnummer samt norsk tilstedeværelse. Dette gjelder da alle undersektorene og vil berøre både grunnskole, videregående og høyere utdanning.

I forslaget til Norges nye bindingslister,¹⁶⁹ er det foreslått at de horisontale forpliktelsene for nasjonal behandling i ytelsesmåte 3 også skal være ubundet for utdanningstjenester som leder til statlige eksamener og/eller grader. Under de horisontale forpliktelsene for subsidier i ytelsesmåte 4 har Norge begrenset seg til å subsidiere norske statsborgere.

I disse undersektorene har også Norge satt begrensninger i bindingslistene til utdanningssektoren. For grunnskolen og videregående skole har Norge satt i bindingslistene sine at disse er offentlige tjenester, dette er slått fast under begrensningene for kommersiell tilstedeværelse og under begrensningene for markedsadgang. For nasjonal behandling er det ingen begrensninger, men etter art. XX gjelder dette også begrensningene for markedsadgang for nasjonal behandling der hvor tiltaket faller inn under begge bestemmelsene. Problemet her er at staten er gitt et diskresjonært skjønn som kan vise seg å stride mot ikke-diskrimineringsprinsippene i GATS.

For høyere utdanning gjelder de samme begrensningene som er satt opp i bindingslistene for grunnskoler og videregående opplæring. Unntaket er begrensningene som er satt til markedsadgang i ytelsesmåte 3.

¹⁶⁹ TN/S/O/NOR/Rev.1

Dette viser at bindingslistene har stor betydning for landenes forpliktelser under GATS. Det er viktig at medlemslandene innfører klare formuleringer som omfatter det de har til intensjon å begrense, forplikte eller presisere. Det får konsekvenser for medlemslandene hvis bindingslistene for eksempel åpner opp mer enn det som var meningen. Siden det er svært lite praksis på GATS området er det vanskelig å si hvordan panelet og the Appellate Body vil tolke medlemslandenes innføring i bindingslistene.

6.5 Faller det offentlige tilbudet av utdanning inn under nasjonal behandling, eller er det bare overføring av støtte fra staten til andre subjekter som omfattes av bestemmelsen?

Det er offentlige tilbud av utdanning både i grunnskolen, videregående opplæring og høyere utdanning. Det statlige tilbudet drives som forvaltningsorganer og får dermed ikke overført penger i form av subsidier fra staten, fylkeskommunen eller kommunen.¹⁷⁰ Hvis det offentlige tilbudet skal omfattes, betyr det at den offentlige driften i seg selv er et tiltak som berører ytelsen av tjenesten. For at noe skal falle inn under prinsippet om nasjonal behandling må det være snakk om et tiltak. Etter art. XVII:1 er det samtlige tiltak som berører tjenesten som omfattes. Definisjonene av "measure" etter art. XXVIII i GATS omfatter tiltak i form av lov, regulering, regel, prosedyre, avgjørelser, administrative handlinger eller annen form. For at statens tilbud av utdanning skal omfattes av art. XVII om nasjonal behandling og subsidier må det foreligge noen form for subsidier. Ellers må vi se på driften av utdanningsinstitusjoner som en form for subsidiering. Det er vanskelig å tolke inn driften av forvaltningsorganer her.

Etter definisjonene av subsidier, se 5.2.3 og ASCM er det et krav at subsidiene skal overføres fra et offentlig organ. Det vil ikke være overføring av midler der hvor det offentlige selv driver en utdanningsinstitusjon. Jeg tror også det vil gjelde på alle nivåer av forvaltningen. Så der hvor det blir overført penger til kommunene eller fylkeskommunene

¹⁷⁰ Se universitetsloven. I NOU 2003:25 foreslår Ryssdal utvalget statlige universiteter og høyskoler skal omdannes fra forvaltningsorganer til egne rettssubjekter i form av selveiende institusjoner. Departementet sier i Ot.prp. nr. 79 (2003-2004) at de ikke ønsker å fremme dette nå og at statlige universiteter og høyskoler skal fortsette som forvaltningsorganer med særskilte fullmakter. Se opplæringsloven kap. 14 for den statlige styringen av grunnskoler og videregående opplæring.

som er øremerket utdanning vil det ikke sees på som subsidiering til kommunene. Dette er fordi ansvaret for grunnskole og videregående opplæring er statens ansvar som er delegert til kommune og fylkeskommune. Derfor er det ikke subsidiering etter GATS at det offentlige driver utdanningsinstitusjoner, og det er heller ikke krav at de private skal få de samme rettighetene. Det er kun de andre private tilbyderne både innenlandske og utenlandske som vil være av betydning når vi drøfter om art. XVII er krenket.

Rudolf Adlung¹⁷¹ sier at tjenester som blir tilbudt fra statseide organer hvor alle utgiftene er direkte dekket av staten, kan være praktisk uskillelige fra private kommersielle aktører. Jeg mener allikevel at han sikter til selskaper som blir drevet av staten som forretningsdrift og ikke i form av forvaltningsorganer.

Det er ingen ting som tyder på at statens egne forvaltningsorganer faller inn under nasjonal behandling ved tolkningen av om det krenkes i forholdet til subsidier. Det er dermed ikke sagt at det offentlige tilbudet av skoler kan falle inn under prinsippet om nasjonal behandling i forhold til andre tiltak. Se kapittel 4 om art. I:3¹⁷² hvor jeg slår fast at utdanningssektoren ikke kan unntas reglene i GATS som utøvelse av offentlig myndighet fordi det er i konkurranse med andre service tilbydere.

6.6 Forholdet mellom nasjonal behandling og subsidier.

Siden retningslinjene for subsidier etter GATS art. XV ikke er ferdig forhandlet ennå er det andre bestemmelser i GATS som gjelder for subsidier. Jeg har slått fast at subsidier faller inn under bestemmelsen om nasjonal behandling etter art. XVII.

Dette reiser spørsmålet om hvordan forholdet er mellom GATS art. XVII om nasjonal behandling og art. XV om subsidier.

- Er subsidier unntatt prinsippet om nasjonal behandling så lenge det ikke er ferdigforhandlet retningslinjer etter art. XV?
- Er utdanning unntatt forhandlingene etter XV?
- Eller faller det inn under begge bestemmelsene?

¹⁷¹ I JIEL s. 1-31, 2006.

¹⁷² Se S/WPGR/M44 (67)

- Eller faller ikke statsstøtte til utdanning inn under artikkelen om subsidier? Se 6.4.2

6.6.1 Er subsidier unntatt prinsippet om nasjonal behandling så lenge ikke retningslinjene for subsidier etter GATS er ferdigforhandlet?

Etter ordlyden i GATS er det ingen ting som tyder på subsidier ikke skal være dekket av de andre GATS reglene. Her kan vi sammenlikne med art. XIII om offentlige anskaffelser som eksplisitt sier at GATS art. II, XXVI og XXVII ikke skal gjelde for offentlige anskaffelser.

Art. XV sier ingen ting om at det som faller inn under artikkelen skal være unntatt noen av de andre reglene i GATS – avtalen. Derfor er det også vanskelig å tro at det partene mente med denne artikkelen ved forhandlingene av GATS -avtalen kan være noe annet enn at de skal inngå forhandlinger om subsidier og subsidier handelsvridende effekt. Formålet med GATS -avtalen gir oss heller ingen grunn til en tolkning som sier at subsidier etter art. XV skal unntas de andre reglene. Det er ikke noe sted i GATS – avtalen sagt at subsidier er forbudt, det er som sagt kun gitt statene en forpliktelse om at de skal forhandle frem regler og det tilsier at det skal være lovlig å bruke subsidier i handelen med tjenester, men at de også må følge de andre forpliktelsene etter GATS -avtalen.

Det er slått fast i praksis til GATT 47 at en subsidie kan være lovlig etter GATT art. XVI, men bryte andre forpliktelser etter GATT-avtalen. Dette viser at selv om et tiltak er lovlig etter en artikkel kan den bryte andre regler i GATT. En generell regel er at selv om det er en lovlig subsidie etter reglene om subsidier i GATT kan denne subsidien fortsatt være i strid med andre regler i GATT, og det samme bør gjelde for GATS. Jeg mener derfor at selv når retningslinjene etter art. XV er ferdig forhandlet vil også reglene om nasjonal behandling gjelde for subsidier.

Derfor er det klart at selv om retningslinjene etter art. XV om subsidier ikke er ferdigforhandlet vil ikke subsidier av den grunn være unntatt reglene om nasjonal behandling etter art. XVII eller andre regler etter GATS – avtalen.

6.6.2 Er utdanning unntatt forhandlingene av subsidier etter GATS art. XV?

Som jeg har drøftet over er det klart at subsidier ikke er unntatt reglene om nasjonal behandling etter art. XVII selv om reglene etter art. XV ikke er fredig forhandlet. Et annet spørsmål som er blitt diskutert i the Working Party on GATS Rules er om utdanning skal falle utenfor forhandlingene om subsidier etter art. XV, dette fordi det i de fleste medlemslandene sees på som et offentlig gode.

For det første har det vært sagt at offentlige tjenester faller utenfor på grunn av art. I:3. og at det da er tjenester som blir utført av offentlig myndighet og at det i så fall ikke er snakk om subsidier. Jeg har ovenfor se kapittel 4, slått fast at utdanning ikke kan falle inn under dette fordi det er i konkurranse med andre tjeneste tilbydere. Det er mulig å tolke det slik at der hvor tiltakene faller inn under art. I:3 og som dermed er unntatt reglene i GATS, vil heller ikke subsidiene til utdanning være omfattet av art. XV. Jeg mener at det ikke er tilfelle.

I S/WPGR/M/44 blir det nevnt at sektorer som helse og utdanning ikke bør være omfattet av forhandlingene etter art. XV. Det er vanskelig å si om det får støtte av de andre medlemslandene i forhandlingene, men det er i alle fall klart at det er ønskelig å få en avklaring på det området. Plikten etter art. XV er å forhandle om retningslinjer for subsidier. Jeg synes det er naturlig at subsidiene til utdanning blir omfattet av disse forhandlingene siden også de andre bestemmelsene i GATS gjelder.

Etter dette er det mest sannsynlig at subsidier til utdanningsformål er dekket av GATS art. XV. Det er ingen bestemmelser i GATS som tyder på at tilbud av tjenester som vanligvis blir sett på som offentlige goder skal falle utenfor rekkevidden av bestemmelsene GATS når de ikke faller innenfor unntaket i art. I:3.

6.7 Den videre utviklingen av retningslinjer for subsidier.

Subsidier er en av de mest omdiskuterte temaene i internasjonal handelsrett og deler av spørsmålene er politiske. Subsidier er overføringer fra staten til noen mottakere som har en fordel av det. For å kontrollere forstyrrelsene og forvrengningene av markedet er det viktig at landene blir enige om retningslinjer.

Selv om prinsippet om nasjonal behandling kan regulere effektene av subsidier innenfor tjenestehandelen, kan rekkevidden av bestemmelsen bli kraftig redusert og avskåret ved at medlemslandene har så stor fleksibilitet i bindingslistene. De kan også begrense effekten av markedsadgang og kontrollere til en viss grad konkurransen fra utenlandske tilbydere på markedet. Selv om alle mulighetene etter GATS for å regulere subsidier er begrenset, fordi de er avhengige av hver medlemslands forutseenhet og makt i forhandlingene, vil det være lettere å kontrollere landenes bruk av subsidier når de har ferdigforhandlet retningslinjer etter art. XV.

6.8 Konklusjon

Etter drøftelsene i dette kapittelet kan vi se at det fortsatt er mange spørsmål rundt subsidier og hvilke bestemmelser som er gjeldende etter GATS som er uklare. Det vi i alle fall kan slå klart fast er at subsidiering av utdanningsinstitusjoner faller inn under bestemmelsen om subsidier i art. XV slik det er nå. Som sagt er det vært tatt opp under forhandlingene at utdanning skal holdes utenfor disse forhandlingene, men det har medlemslandene ikke kommet til enighet om. Reglene etter art. XV er ikke ferdig forhandlet, men det er ingen ting som tyder på at subsidier skal være unntatt de andre reglene i GATS av den grunn. Derfor vil reglene om nasjonal behandling i art. XVII gjelde for subsidier innenfor utdanningssektoren. Disse reglene vil også gjelde selv om retningslinjene etter art. XV er ferdigforhandlet.

Jeg har kommet frem til at tilskudd til utdanningsinstitusjoner dekkes av bestemmelsene om nasjonal behandling etter art. XVII. For at prinsippet om nasjonal behandling skal få anvendelse må det først avgjøres om utdanningene som tilbys er like. Det legges vekt på klassifiseringen i CPC, utbyttbarheten og sluttbruken. I Norge er det ingen problemer på grunnskole trinnet. Her leder all utdanning til samme sluttbruk, nemlig mulighet til videregående opplæring. I den videregående opplæringene er det allerede mer vanskelig å avgjøre hvilke som er like, men det mest naturlige er å legge vekt på om utdanningen leder til en generell studiekompetanse eller til en yrkesrettet kompetanse. Det må avgjøres fra sak til sak. I den høyere utdanningen er det klart at det er forskjellige typer utdanning, og det

må her også avgjøres fra sak til sak hva som er avgjørende, det som er viktig er sluttbruken og forbrukernes syn på utbyttbarheten.

Der hvor utdanningene sees på som like vil spørsmålet være om tildelingen av subsidier er like gunstig for alle tilbyderne. Dette må avgjøres på bakgrunn av om konkurranse forholdene blir forskjellige på grunn av subsidiene. Det er innenfor utdanning naturlig at de blir tildelt samme beløp. Dette kan beregnes ut i fra program, antallet studenter osv. I Norge er det likt for innenlandske og utenlandske tilbydere og er derfor ikke mindre gunstig for de internasjonale tilbyderne.

7 Offentlige anskaffelser

7.1 Generelt om offentlige anskaffelser.

Offentlige anskaffelser er regulert i GATS fordi det er av stor økonomisk betydning. Det offentliges anskaffelser utgjør en viktig del av medlemslandenes økonomi. Den offentlige sektor er ansvarlig for mange sosiale tjenester som trenger anskaffelse av varer, tjenester og annet arbeid. Offentlige anskaffelser kan forekomme i mange former og er motivert av det offentlige ansvaret og interessen for samfunnet. Hovedreguleringen av offentlige anskaffelser i WTO er GPA (the Agreement on Government Procurement¹⁷³), det har vært forhandlet om i lang tid men med svært få resultater. Utdanningssektoren omfattes ikke av denne avtalen.¹⁷⁴ Det finnes også reguleringer av offentlige anskaffelser rundt omkring i resten av WTO regelverket både i GATT, GATS, TBT, ASCM og the Anti-dumping Agreement. Det er reglene i GATS art. XIII som jeg vil drøfte under.

GATS artikkel XIII regulerer offentlige innkjøp. Den sier at ”1. Artikkel II, XVI og XVII ikke får anvendelse på lover, forskrifter eller vilkår som regulerer offentlige anskaffelser av tjenester som er kjøpt inn for offentlige formål uten henblikk på kommersielt videresalg eller med henblikk på bruk i tjenesteytelser for kommersielt salg.

2. Innen to år etter den dag WTO -avtalen er trådt i kraft, skal det finne sted multilaterale forhandlinger om offentlige innkjøp av tjenester i henhold til denne avtale.” (sitat fra den norske oversettelsen)

Denne artikkelen er nesten lik reglene om offentlige anskaffelser i GATT avtalen (art. III) og slik som i GATT, utelukkes tjenester som er ment til kommersielt videresalg eller til bruk i tjenester for kommersielt salg. Forskjellen er at paragraf 2 i GATS art. XIII om at det skal inngås forhandlinger finnes ikke i GATT -avtalen. Disse forhandlingene foregår også i the Working Party on GATS Rules.

Dette vil si at inntil vi har en ferdigforhandlet avtale om offentlige anskaffelser er disse unntatt de viktigste prinsippene (markedsadgang, nasjonal behandling og bestevilkårs

¹⁷³ Agreement on Government Procurement finner vi i Annex 4 til WTO-avtalen. Annex 4 inneholder de plurilaterale avtalene.

¹⁷⁴ Se Appendix I og Norges forpliktelser.

prinsippet) i GATS -avtalen. Det vil si at om de norske tilskuddene er offentlig anskaffelser, vil de etter GATS – avtalen ikke falle inn under reglene om bestevilkårsprinsippet, markedsadgang eller nasjonal behandling.

Norge er tilsluttet en avtale om offentlige anskaffelser som er en del av WTO regelverket. Denne avtalen gir Partene i avtalen rett på og bli behandlet etter prinsippet om nasjonal behandling og ikke-diskriminering, se art. III i the Agreement on Governmental Procurement.

The WTO plurilateral Agreement on Government Procurement er en plurilateral avtale og bare de som slutter seg til avtalen er bundet til den, blant annet Norge. Den nåværende avtalen ble forhandlet under Uruguay runden og har 28 medlemmer.¹⁷⁵ Den omfatter også tjenester¹⁷⁶, men de fleste landene også Norge, har utelatt utdanningssektoren.¹⁷⁷ Derfor får den ikke anvendelse her. Men vi kan bruke dens regler som en hjelp ved tolkningen av hva som faller inn under GATS art. XIII.

I Norge reguleres de offentlige anskaffelsene av Lov om offentlige anskaffelser 16. juli nr. 69 1999 og av Forskrift om offentlige anskaffelser 2001.06.15 nr. 0616 og 2006.04.07 nr. 0402. Forskriftene om offentlige anskaffelser gjelder bare ved gjensidig bebyrdende avtaler som inngås skriftlig jf. § 1-4 a), § 3 i lov om offentlige anskaffelser inneholder ikke et slikt krav og Amdal/Roll-Matthiesen¹⁷⁸ mener at det ut i fra dette kan antas at loven har et videre anvendelses område enn det forskriften har. I motsetning mener Dragsten/Lindalen¹⁷⁹ at anskaffelser etter loven og kontrakter etter forskriften må forstås på samme måte selv om ordet anskaffelser ikke behøver å være gjensidig bebyrdende.¹⁸⁰ Det er ikke vanlig at det inngås en skriftlig gjensidig bebyrdende avtale med de som mottar subsidier og de som gir subsidiene i forhold til utdanning. I forhold til min drøftelse er det ikke bruken av den norske lovgivingen som er min problemstilling, men heller om subsidier til utdanningsinstitusjoner i Norge kan falle inn under reglene om offentlige anskaffelser i

¹⁷⁵ Se www.wto.org

¹⁷⁶ Se GPA (Government Procurement Agreement) art. III

¹⁷⁷ Se Appendix I til GPA og Norges forpliktelser.

¹⁷⁸ I Lov og forskrift om offentlige anskaffelser, kommentarutgave, 2. utgave 2004

¹⁷⁹ Offentlige anskaffelser, kommentarutgave Bind I, 2005

¹⁸⁰ Se side 134 i Offentlige anskaffelser, kommentarutgaven

GATS. Jeg vil derfor bare bruke den norske lovgivingen som tolkningsmomenter og sammenlikne forståelsen av hvilke anskaffelser som omfattes og hva som er offentlige formål. For at subsidiering av utdanning skal kunne sees på som innkjøp til offentlige formål. Det vil si at subsidiering til de private tilbyderne er en anskaffelse av utdanningstjenester for å dekke ansvaret det offentlige har for utdanning.

Ved tolkning av om de norske subsidiene til utdanningen kan omfattes av GATS art. XIII må vi først tolke hva som faller inn under anskaffelse ("procurement") og deretter om det kan sies å tjene til offentlige formål ("governmental purposes").

7.1.1 Anskaffelse

Spørsmålet er om man kan se på subsidiering av utdannelses institusjoner som en anskaffelse av en tjeneste etter GATS art. XIII. Dette fordi det er det offentliges oppgave å sørge for utdanningen i Norge og man kan derfor tenke seg at de vil subsidiere private skoler for at de ikke kan dekke behovet selv og at det derfor sees på som en anskaffelse av utdanningstjenester. For å tolke hva som faller inn under art. XIII må vi først legge vekt på vanlig rettslig forståelse av uttrykket anskaffelse.

Først vil jeg slå fast at det er helt klart at staten, som tilskuddene kommer fra, sees på som oppdragsgivere etter art. XIII i GATS som regulerer offentlige organers anskaffelser.¹⁸¹

Regler som får betydning ved tolkning av uttrykket "anskaffelser" er hva avtalen selv sier om dette og hva som faller inn under GPA gir oss en pekepinn på hva som omfattes. Den norske rettslige forståelsen av ordet "anskaffelse" vil være til hjelp ved tolkningen.

Christopher Ziguras har argumentert med at midler som det offentlige bruker på utdanning, også subsidier kan sees på som offentlige anskaffelser. Selv om deler av finansieringen skjer av private parter og det ikke er fullstendig finansiert slik at elever/studenter må betale

¹⁸¹ Se Lov om offentlige anskaffelser 16. juli nr. 69 1999 § 2 og Forskrift om offentlige anskaffelser 2006.04.07 nr. 0402 § 1-2.

skolepenger.¹⁸² Den vanlige forståelsen er at en anskaffelse må bestå av en kontrakt. Sue Arrowsmith sier at ”anskaffelse” refererer til en funksjon av handel/kjøp av varer eller tjenester fra et selskap utenfor det offentlige. Vanligvis forekommer anskaffelser gjennom en kontrakt, selv om uttrykket også dekker tilegnelser som ikke strengt tatt kan sies å komme gjennom en kontrakt.¹⁸³ I EU-retten er det også lagt til grunn at offentlige anskaffelser skjer på grunnlag av kontrakt. Etter anskaffelses direktivet¹⁸⁴, er det offentlige kontrakter som omfattes. Direktivet presiserer også at kontrakter skal være skriftlige og av økonomisk interesse.¹⁸⁵ Ved tolkningen av økonomiske interesse i direktivet blir subsidier holdt utenfor. De blir holdt utenfor, fordi det ofte kreves at subsidier skal brukes til en spesiell handling eller til et spesielt formål. Dette skiller seg fra offentlige kontrakter som er resultatbasert og kun krever varen, tjenesten eller arbeidet utført.¹⁸⁶ Innenfor utdanningen i Norge er det bestemt at subsidiene skal komme elevene til gode.¹⁸⁷ Det vil si at pengene skal brukes til driften av skolen. For høyere utdanning gjelder det samme, tilskuddene skal dekke driftskostnader og komme elevene til gode.¹⁸⁸

Hvis vi ser i den norske lovgivingen er det også vanlig å se en anskaffelse som en kontrakt mellom oppdragsgiveren og leverandøren av anskaffelsen. Den rene språklige forståelsen av ordet anskaffelse er at det er en overføring av en ytelse fra et rettssubjekt til et annet. Det er som sagt en forskjell mellom loven om offentlige anskaffelser som bruker ”anskaffelser”¹⁸⁹ som språklig sett ikke trenger å være gjensidig bebyrdende og forskriften om offentlige anskaffelser som bruker ”kontrakt”¹⁹⁰ som etter forskriften er definert som skriftlig gjensidig bebyrdende avtale. Ut i fra dette kan det virke som loven har flere anvendelsesområde enn forskriften,¹⁹¹ men Dragsten/Lindalen hevder at de anskaffelsene som ikke er gjensidig bebyrdende er en ren opsjon. Hvis den skal benyttes vil man allikevel

¹⁸² Se Ziguras www.aare.edu.au/01pap/zig01257.htm

¹⁸³ Sue Arrowsmith; The Law of Public and Utilities Procurement, London 2005 s 1.

¹⁸⁴ Direktiv 2004/18/EC of the European Parliament and the Council of 31 March 2004

¹⁸⁵ Se direktivet art. 1:2 (a)

¹⁸⁶ Se Hjelmberg/Jakobsen/Poulsen: Public Procurement Law – the EU directive on public contracts, DJØF Publishing, 2006, s. 116

¹⁸⁷ Se friskolelova § 6-2 og § 6-4

¹⁸⁸ Se universitetsloven § 7-1 (2) og § 83 (1)

¹⁸⁹ Se § 3.

¹⁹⁰ Se § 1-4 (a)

¹⁹¹ Dette støttes av Amdal/Roll-Matthiesen se note 178

bli bundet av forskriften fordi da anskaffelsen blir gjensidig bebyrdende. Det vil si at anskaffelse etter loven må ha det samme anvendelsesområde som forskriften og det betyr at det som faktisk ligger i ordet ”anskaffelse” er at det må foreligge en kontrakt.¹⁹²

Etter GPA art. I:2 gjelder denne avtalen alle anskaffelser som bygger på en kontrakt. Den gjelder ikke bare kjøp, men leie, leasing og opsjoner. Selv om denne avtalen ikke har betydning for utdanningssektoren mener jeg at dette taler for at vi må tolke anskaffelser etter GATS art. XIII i betydning at det skal foreligge en kontrakt.

Rene utbetalinger blir sett på som vedtak og kan heller ikke av den grunn regnes som en kontrakt.¹⁹³ At termen anskaffelse henviser til funksjonen av å skaffe varer eller tjenester fra noen utenfor.

Dette betyr at etter de forskjellige forståelsene av termen ”anskaffelser” er det mest naturlig å se det slik at det må foreligge en avtale. Det neste spørsmålet blir da om subsidiering av utdanningsinstitusjoner kan sees på som en kontrakt.

For at det skal foreligge en kontrakt må det være en avtale mellom to forskjellige parter og begge partene må yte noe.

Innenfor utdanning er det klart at det foreligger forskjellige parter. Vi tar ikke for oss finansieringen av de offentlige skolene, det har jeg tolket over¹⁹⁴ og kommet til at det ikke faller under subsidiering. Det er klart at både innenlandske og utenlandske private tilbydere av utdanning ikke er offentlige organer og dermed er forskjellige parter fra de offentlige som bevilger subsidier.

Spørsmålet blir da om partene er gjensidig bebyrdende? I undersektorene grunnskole og videregående utdanning er det krav i friskoleloven at norske private tilbydere som oppfyller kravene etter loven har rett til støtte.¹⁹⁵ Dette gir da en særrettighet til alle som oppfyller loven og det kan ikke sies at det skal leveres en bestemt tjenesete til den som tildeler støtten. I tillegg kan vi se på tolkningen av forskriften om offentlige anskaffelser hvor det

¹⁹² Dragsten/Lindalen utelukker ikke at det kan foreligge anskaffelser som ikke er gjensidig bebyrdende, men at leverandøren allikevel må tilveiebringe ytelsen til oppdragsgiver.

¹⁹³ Se Geir Woxholth: Avtaleinngåelse, ugyldighet og tolkning s. 215, 4. utgave 2001.

¹⁹⁴ Se 6.5

¹⁹⁵ Se § 2-1 og § 2-2

er slik at tildeling av støtte faller utenfor, men at det i visse tilfeller kan omfattes hvis det kreves spesielle motytelser eller at støtten blir brukt til å utvikle et bestemt produkt.¹⁹⁶ Derfor er det klart at det i forhold til norske private tilbydere ikke er snakk om noen gjensidig bebyrdende avtale der hvor de blir tildelt støtte. Internasjonale grunnskoler og videregående skoler har ikke en rett til å motta tilskudd selv om de oppfyller kravene i loven¹⁹⁷, men det kan allikevel ikke sees på som en gjensidig bebyrdende avtale selv om de blir gitt tilskudd etter en søknad. Dette er like lite en kontrakt om å yte en tjeneste, som de norske som har rett til tilskudd.

Reglene om tilskudd etter undersektoren om høyere utdanning er litt annerledes. Her er det ikke gjort noen forskjell på innenlandske og utenlandske private tilbydere.¹⁹⁸ Men heller ikke her settes det krav til de private universitetene og høyskolene om en motytelse. Det er de universitetene og høyskolene som oppfyller kravene etter loven og som er akkreditert av NOKUT som kan søke om statsstøtte.¹⁹⁹ De må i tillegg hvert år avgi årsregnskap og budsjett for neste år. Jeg mener at en søknad om å få drive en utdanningsinstitusjon og statens avgjørelse om de skal bli berettiget til statsstøtte ikke kan sies å være gjensidig bebyrdende etter min tolkning av hva som ligger i en kontrakt.

Subsidier til utdanningsinstitusjoner gis etter søknad fra de private tilbyderne fra det offentlige som støtte. Det er ikke et krav at det skal være behov som ikke det offentlige klarer å dekke for å få subsidier. Privat tilbud skal sees på som et supplement til det offentlige tilbudet, men det er ikke noe krav om at det skal være mangel på utdanningsplasser for å bli tildelt støtte. Subsidier som blir gitt til de private utdanningsinstitusjonene som ikke er basert på bilaterale avtaler kan det vanskelig sies at det foreligger en kontrakt etter den vanlige forståelsen av hva en kontrakt er. Jeg vil etter denne drøftelsen si dette faller utenfor begrepet som omfattes av anskaffelse i GATS art. XIII.

¹⁹⁶ Se Dragsten/Lindalen, Offentlige anskaffelser, Kommentartutgave Bind I s. 420.

¹⁹⁷ Se friskoleloven § 2-1 og § 2-2.

¹⁹⁸ Se universitetsloven § 8-3.

¹⁹⁹ De statlige universitetene og høyskolene må også akkrediteres og oppfylle kravene etter universitetsloven.

Konklusjon: subsidiering til utdanningsinstitusjoner, både private grunnskoler, videregående skoler og høyere utdanning, ikke kan sees på som anskaffelser. Derfor vil det falle utenfor rekkevidden av GATS art XIII.

Under forutsetning av at subsidiering av utdanningsinstitusjoner ville falt innenfor begrepet anskaffelser vil jeg også drøfte under om det ville vært en anskaffelse til offentlig formål.

7.1.2 Offentlige formål

Offentlige formål må være å anskaffe seg tjenester som brukes for å utføre det offentliges oppgaver. I de fleste land sees utdanning på som et offentlig gode. I Norge er ansvaret for offentlig utdanning lagt til det offentlige og det er tradisjonelt sett på som en offentlig oppgave. Derfor er det også naturlig å se på subsidiering av utdanning som offentlige formål. Det er svært sjeldent at finansiering av utdanning vil være til kommersielle formål. Utdanning er et offentlig gode og det er naturlig at støtte til utdanningsinstitusjoner med offentlige midler er et offentlig formål. Selv om ikke selve tjenesten, her utdanning vil bli brukt av det offentlige er det like fullt brukt til oppfyllelse av et offentlig formål som er å tilby utdanning.

Derfor er det ganske klart at i de få tilfellene der hvor man kan se på støtten til utdanningsinstitusjoner som en anskaffelse der vil det som regel ikke være noe i veien for at det faller inn under termen ”offentlige formål”.

Derfor er det vanskelig å se at statsstøtte av utdanning er en form for offentlige anskaffelser som gjør at de blir unntatt fra prinsippet om nasjonal behandling.

7.2 Konklusjon

Etter denne drøftelsen er det klart at utdanning er et offentlig anliggende og at det brukes til et offentlig formål. Utdanningen i Norge er statens ansvar og er klart et offentlig formål. Det er ved tolkningen av hva som ligger i anskaffelse det kan være tvil. Jeg har kommet til at vi må se på en offentlig anskaffelse etter GATS art. XIII må bygge på en kontrakt. Det er mest sannsynlig at subsidier ikke kan kalles kontrakter, de gis ikke med et krav om en ytelse men heller et krav om hvordan subsidiene skal brukes. Derfor faller ikke subsidier til

utdanning inn under bestemmelsen i GATS art. XIII om offentlige innkjøp. Konsekvensene av at subsidier til utdanning ville falle inn under art. XIII er at bestemmelsene om bestevilkårsbehandling art. II, markedsadgang XVI og nasjonal behandling XVII ikke vil få betydning. I de tilfellene man kommer fram til at subsidier til en utdanningsinstitusjon eller til en utdanning kan sees på som anskaffelser, vil art. XIII få anvendelse.

8 Avsluttende bemerkninger

Som det kommer frem av de foregående kapitlene er det mange ubesvarte spørsmål til GATS -avtalen og dens rekkevidde. Det stilles spesielt mange spørsmål til rekkevidden ved regulering av offentlige goder. Utdanning har lange tradisjoner og medlemslandene vil gjerne beskytte dette markedet. Subsidier er en viktig faktor på utdanningsmarkedet. Det er vanskelig for aktører som ikke mottar subsidier å konkurrere der hvor deler av markedet er sterkt subsidiert. Sterk subsidiering av utdanningsinstitusjoner er tilfelle i mange av medlemslandene. Det er det også i Norge.

Friheten GATS gir ved å ha en "bottom –up" tilnærming til full binding innenfor de enkelte sektorene fører til at medlemslandene setter begrensninger til de sektorene og tiltakene der hvor GATS skaper tvil om tolkningen. Derfor er det få som har forpliktet utdanningssektoren, og medlemslandene som har forpliktet seg i utdanningssektoren har som regel begrensninger i bindingslistene. Disse begrensningene omfatter ofte beskyttelse av det offentlige tilbud av utdanning. I tillegg er det mange av medlemslandene som har spesielle begrensninger i forhold til subsidier. Norge har slike begrensninger i de horisontale forpliktelsene. På tross av usikkerhet rundt tolkningen og rekkevidden av GATS, mener jeg at Norge gjennom begrensningene i bindingslistene følger de rettslige forpliktelsene de må oppfylle etter GATS i utdanningssektoren.

Ved den videre utviklingen og forhandlingen av GATS er det mye arbeid som gjenstår med hensyn til subsidier. Det er spesielt viktig at forhandlerne kommer frem til en løsning på spørsmålene rundt subsidiering av offentlige goder. Markedet for utdanning er i vekst både med flere nasjonale og internasjonale private tilbydere. Dette vil sette større krav til reguleringen av subsidier i fremtiden.

9 Kilder

9.1 Litteraturliste

Abu-Akeel, Aly K.: Definition of Trade in Services under the GATS: Legal Implications, George Washington Journal of International Law and Economics, vol. 32, 1999, s. 189-210.

Adlung, Rudolf: Public Services and the GATS, Journal of International Economic Law (JIEL) s. 1-31, 2006.

Benitah, Marc: Subsidies, Services and Sustainable Development, ICTSD Issue paper no. 1 2004

Coe, David T. og Helpman, Elhanan: International R&D spillovers, European Economic Review, Volume 39, Issue 5 (1995) s. 859-1073.

De Groof/Lauwers/Dondelinger: Globalisation and Competition in Education, Wolf Legal Publishers, 2003

Egelund Olsen/Steinicke/Sørensen (ed.): WTO Law – from a European perspective, 1. utgave. Forlaget Thomson, 2006.

Gottlieb/Pearson: GATS Impact on Education in Canada, 2001.

Grünfeld, Leo A.: seniorrådgiver fra MENON, foredrag på forskningsseminar, Kunnskapsformidling i en globalisert verden: Forskning om GATS og utdanning, 21. april 2005, Chr. Michelsens Institutt Bergen.

Hjelmborg, Simon Evers/Jakobsen, Peter Stig/Poulsen, Sune Troels: Public Procurement Law – the EU directive on public contracts, DJØF Publishing, 2006.

Jackson, John H.: The World Trading System, Law and Policy International Economic Relations, 2nd edition, 1997

- Krajewski, Markus*: National Regulation and Trade Liberalization in Services, The Legal Impact of the GATS on National Regulatory Autonomy, Kluwer Law International, 2003
- Lowenfeld, Andreas F.*: International Economic Law, Oxford University Press, 2002
- Mattoo, Aaditya*: National Treatment in the GATS, Corner-stone or Pandora's Box?, Journal of World Trade, Volume 31, 1997 nr. 1.
- OECD*: Background document, current commitments under the GATS in Educational Services, 23-23 May, 2002.
- Ruud, Morten/Ulfstein, Geir/Fauchald, Ole Kristian*: Utvalgte emner i folkeretten, Tano Aschehoug, 1997
- Saner, Raymond / Fasel, Sylvie*: Negotiation Trade in Educational Services within the WTO/GATS Context, Aussenwirtschaft, 59: 275-308.
- Seth, Torsten*: WTO och den internationella handelsordningen, Studentlitteratur, 2004.
- Sluttrapport fra seminar*: Kunnskapsformidling i en globalisert verden: forskning om GATS og utdanning. Ved Chr. Michelsens Institutt i Bergen. 21 april 2005.
- United Nations Conference on Trade and Development*: Subsidies to Services Sectors: A Neo-Protectionist Distortion or a useful Development Tool?
UNCTAD/DITC/TNCD/MISC/2003/7
- Van den Bossche, Peter*: The Law and Policy of the World Trade Organization 1.edition, 2005
- World Trade Organization*: Guide to the GATS, An Overview of Issues for Further Liberalization of Trade in Services. WTO Secretariat, 2001.
- World Trade Organization*: Understanding the WTO, 3rd edition, 2003
- Woxholth, Geir*: Avtaleinngåelse, ugyldighet og tolkning, 4. utgave, Gyldendal Akademisk, 2001
- Ziguras, Christopher*: The effect of GATS on transnational higher education: Comparing experiences of New Zealand, Australia, Singapore and Malaysia, Conference paper Australia 2-6 Desember 2001. <http://www.aare.edu.au/01pap/zig01257.htm>

9.2 Dokumenter

9.2.1 Norske Lover

Lov om grunnskolen og den videregående opplæringa (opplæringslova) 17. juli. Nr. 61. 1998

Lov om frittstående skolar (friskolelova) 4. juli 2003 nr. 84.

Lov om universiteter og høyskoler (universitetsloven) 1. april nr. 15

Lov om grunnskolen 13. juni nr. 24 OPPHEVET

Lov om videregående opplæring 21. juni nr. 55 OPPHEVET
nr. 21 1985 OPPHEVET

Lov om utdanningsstøtte nr. 37 2005

Lov om endringer i friskolelova 9. juni 2006 nr. 17.

9.2.2 Norske forskrifter

Forskrift til opplæringslova 28. juni 1999 nr. 722.

Forskrift til friskolelova 26. september 2003 nr. 1194.

Forskrift om tildeling av utdanningsstøtte for undervisningsåret 2006-2007

9.2.3 Norske forarbeider

NOU 1995:18

NOU 2003:25

Ot.prp. nr. 79 (2003-2004) Om lov om universiteter og høyskoler.

Ot.prp. nr. 64 (2003-2004)

Ot.prp. nr. 43 (2005-2006) Om lov om endringer i friskoleloven og fagskoleloven.

St.prp. nr. 1 (2002-2003)

9.2.4 WTO

Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization (TWO avtalen)

General Agreement on Tariffs and Trade 1994

General Agreement on Trade in Services

Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights

Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes

General Agreement on Tariffs and Trade 1947

Agreement on Subsidies and Countervailing Measures (ASCM)

Agreement on Government Procurement (GPA)

Forhandler:

S/CSS/W/23, forhandlingsforslag fra USA

S/CSS/W93, forhandlingsforslag fra New Zealand pkt. 7.

S/WPGR/M/54 the Working Party on GATS Rules

S/WPGR/M/44 the Working Party on GATS Rules

WT/MIN(05)/DEC Ministererklæring fra Hongkong.

S/WPGR/M/55

S/WPGR/10

S/WPGR/W/25/Add.4

S/WPGR/W/13

S/WPGR/W/13/Add.1

S/WPGR/W/13/Add.2

MTN.GNS/W/120 Secretariat's Classification of Services.

Guidelines for the Scheduling of Specific Commitments under the General Agreement on Trade in Services S/L/92

9.2.5 GATT 47

BISD 18S/97, Working Group on Border Tax Adjustments

BISD 7S/60

BISD 36S/354

BISD/39S/27 Canada – Alcoholic Drinks

9.2.6 Traktater

Wien konvensjonen 1969

International Convention on the Harmonized Commodity Description and Coding System,
Brussel 14. juni 1983.

Statuttene for Den Internasjonale Domstol 26.juni 1945

9.2.7 Andre

United Nations Central Product Classification (CPC)

Direktiv 2004/18/EC, of the European Parliament and the Council of 31 March 2004

9.2.7.1 Web – sider

<http://www.wto.org>

www.unctad.org

www.ictsd.org

9.3 Rettspraksis

9.3.1 WTO – saker

WT/DS27/AB/R, EC – Bananas III (US)

WT/DS27/ARB, EC – Bananas III Recourse to article 22.6 Arbitration report.

WT/DS27/R

WT/DS139/AB/R, Canada – Certain Measures Affecting the Automotive Industry

WT/DS139/R, Canada – Certain Measures Affecting the Automotive Industry

WT/DS8, WT/DS10, WT/DS11 Japan – Taxes on Alcoholic Beverages.

WT/DS/135/AB/R, EC – Asbestos

WT/DS161 Korea – Fresh, Chilled and Frozen Beef

WT/DS169/AB/R Korea – Fresh, Chilled and Frozen Beef

WT/DS165/AB/R US-Certain EC Products

